

Mémoire en réplique

PRODUIT PAR

1. **French Data Network (Réseau de données français)**, dite FDN.

Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 établie 16 rue de Cachy, 80090 Amiens, enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751107563, opérateur déclaré auprès de l'ARCEP sous la référence 07/1149, prise en la personne de son président M. Fabien SIRJEAN.

Tél. : 06 36 18 91 00

Mail : president@fdn.fr / buro@fdn.fr

2. **La Quadrature du Net**

Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 établie au 60 rue des Orteaux 75019, Paris, enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Philippe AIGRAIN.

Tél. : 06 73 60 88 43

Mail : contact@laquadrature.net

3. **Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs**, dite Fédération FDN (FFDN).

Fédération régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 établie 16 rue de Cachy, 80090 Amiens, enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751210904, regroupant 27 fournisseurs d'accès associatifs français, déclarés auprès de l'ARCEP, et un fournisseur d'accès associatif belge déclaré auprès du régulateur, prise en la personne de son président M. Benjamin BAYART.

Tél. : 06 60 24 24 94

Mail : contact@ffdn.org

SUITE

Aux observations en défense du Premier ministre communiquées le 28 septembre 2015

I. RECEVABILITÉ

Le Gouvernement soutient à tort que les associations FFDN et FDN ne sont pas recevables.

Tout d'abord, les statuts de l'association FDN énoncent en leur article 2 que l'association a notamment pour but « la promotion, l'utilisation et le développement des réseaux Internet et Usenet dans le respect de leur éthique en favorisant en particulier les utilisations à des fins de recherche ou d'éducation sans volonté commerciale ».

Il est évident que les actes odieux contre lesquels le législateur et le Gouvernement entendent lutter par l'adoption du dispositif de blocage administratif sont contraires à l'éthique du réseau Internet, laquelle est constituée par un esprit d'ouverture, de tolérance, de respect de l'autre et d'échange. Il n'en est pas moins évident que le blocage administratif de sites web n'est pas compatible avec le respect de cette éthique d'autant plus que les associations requérantes réitèrent qu'il ne permet en rien de lutter utilement contre les comportements visés et ne permet en aucune mesure d'assurer l'éducation du plus grand nombre. Bien au contraire, le climat créé par de telles mesures frustre le dialogue et l'échange, clive la population, enferme les esprits dans une chappe d'autocensure.

Quant à l'association FFDN, celle-ci expose très clairement dans ses statuts qu'elle a notamment pour objet « d'assurer la promotion et la défense du réseau Internet, dans le respect de son éthique, et tel que définit par la Charte respectée par ses membres, et en particulier sa neutralité, son ouverture, et la liberté d'expression en ligne ». Or, le blocage des sites Web sans décision de justice est proprement antinomique à la liberté d'expression en ligne et ne permet aucunement d'en assurer l'encadrement dans des conditions respectueuses de l'État de droit, soit un cadre nécessaire à l'épanouissement démocratique de la population.

Enfin, le blocage limite non seulement la liberté d'expression de toutes les personnes qui éditent des contenus et les diffusent en ligne mais aussi la liberté d'accéder à l'information des utilisateurs d'Internet. Les membres des associations FDN et FFDN qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales sont donc directement concernées par cette atteinte aux libertés. Les associations, et la Fédération qui les regroupe, ont donc un intérêt à agir clair, en tant que représentant de leurs adhérents et abonnés.

Par ailleurs, on pourra relever que la Fédération FDN, éditant sur son site un annuaire des associations membres ou correspondantes¹ de la Fédération, est exploitante d'un annuaire et a donc par ailleurs, indépendamment, un intérêt à agir clair directement issu des imprécisions du décret attaqué.

1. Disponible en ligne à l'adresse <http://www.ffdn.org/fr/membres>.

II. LÉGALITÉ EXTERNE

Dans sa réponse, le Gouvernement reconnaît l'existence d'une « erreur » ou d'une « maladresse » du législateur qui n'a pas désigné les personnes physiques ou morales responsables potentiellement concernées par le décret. Le Gouvernement cherche ainsi à minimiser le fait que les dispositions en cause sont rigoureusement dépourvues de portée normative.

Or, il n'appartient pas au Gouvernement de corriger les lacunes du législateur qui relèvent du domaine exclusif de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution.

Le Gouvernement allègue que c'est de toute évidence à « l'exploitant » d'un moteur de recherche ou d'un annuaire que ces dispositions s'appliqueraient. Les associations requérantes relèvent cependant que cela n'est pas évident, puisque les dispositions en cause auraient pu s'adresser notamment à l'éditeur d'un logiciel moteur de recherche ou encore à l'hébergeur ou à l'éditeur d'un service de communication au public en ligne assimilable à un moteur de recherche ou à un annuaire.

III. LÉGALITÉ INTERNE

1. Inintelligibilité de la norme

1.1. Sur les notions d'annuaire et de moteur de recherche

Le Gouvernement considère que les notions d'annuaire et de moteur de recherche sont suffisamment claires et ne contreviennent ni au principe de sécurité juridique ni à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel ne s'est aucunement prononcé sur la clarté de ces notions. Ensuite, le fait que les notions utilisées dans le décret soient aussi utilisées à l'article 6-1 de la LCEN n'empêche en rien de procéder à un contrôle de conformité et de la loi et du décret aux principes de confiance légitime et de sécurité juridique tels qu'établis en droit de l'Union européenne.

Par ailleurs, il convient de préciser que si le Premier ministre peut dire que les notions d'annuaire et de moteur de recherche n'ont à sa connaissance pas soulevé de difficulté dans l'application de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, c'est parce qu'il n'y a pas eu de mesure de déréférencement en application de ladite loi.

Ensuite, si les annuaires devaient être considérés comme tels parce que répertorient manuellement des sites, pages ou adresses, cela signifierait que tous les sites publiant des listes d'adresses établies manuellement seraient des annuaires. Mais où serait le seuil ? À partir de combien de sites listés un site devient-il un annuaire ?

Enfin, le Gouvernement affirme que le déréférencement devra s'opérer sur l'ensemble des noms de domaines de premier niveau du moteur de recherche ou de l'annuaire. L'affaire opposant la CNIL à Google au sujet du droit à l'oubli en témoigne¹. Étant d'ailleurs précisé que dans les décisions judiciaires imposant le déréférencement à des moteurs de recherche, la portée de la décision est à tout le moins précisée quant à sa portée au regard du public français².

1. CNIL, Droit au déréférencement : rejet du recours gracieux formé par Google à l'encontre de la mise en demeure, Cnil.fr, 21 septembre 2015

2. TGI Paris, référé, 28 novembre 2013, 11/60013

1.2. Sur la notion d'adresse électronique

Le Premier ministre défend que la notion d'adresse électronique employée dans le décret se borne à reprendre les termes de l'article 6-1 de la LCEN dont il fait application. Or, la notion d'adresse électronique étant centrale pour la mise en œuvre de la loi, il incombait au Gouvernement de préciser dans le décret cette notion, laquelle doit être tout à fait non-équivoque pour les personnes visées par l'application concrète du décret.

Les associations requérantes critiquent le caractère imprécis et équivoque de la notion d'« adresse électronique » décrite dans le décret. En effet, la description ainsi faite ne permet pas de distinguer entre les nombreuses situations techniques différentes et emportant des niveaux d'ingérence inégaux dans les droits et libertés des utilisateurs de services de communication au public en ligne et de communications électroniques.

Dans son mémoire en réponse, le ministère de l'intérieur soutient que la notion d'adresse électronique renvoyant implicitement à l'article 2 du décret n° 2015-125 est suffisamment claire et intelligible. Pour ce faire, il développe des explications techniques renvoyant à une norme technique, la RFC 3986³.

Or, non seulement ces explications abondent dans le sens de l'argumentation développée par les requérantes, selon qui la norme n'est pas intelligible faute d'éléments précis et non-équivoques supplémentaires ; mais, en outre, les éléments supplémentaires apportés par le ministère dans ses réponses confirment le caractère ambigu et susceptible d'au moins deux significations de la notion d'adresse électronique.

En effet, dans un mémoire transmis le même jour, par le même ministère, signé de la même main, mais dans le cadre de l'affaire n° 389140, soit un recours contre le décret 2015-125, la notion d'adresse électronique est soutenue comme étant clairement définie par d'autres normes. En effet, dans ce second mémoire, le ministère renvoie vers la RFC 1034⁴.

En résumé, pour expliquer que les notions employées dans les décrets sont claires, le ministère fait référence à deux normes très différentes : l'une de 1987, l'autre de 2005. Si des développements si longs sont nécessaires pour arriver à une notion clairement intelligible, et si ces développements renvoient, pour les mêmes mots « *adresse électronique* » à deux notions aussi éloignées, c'est bien le signe évident que les notions sont mal exprimées dans les décrets⁵.

Pour satisfaire à l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme, le Gouvernement aurait pu, par exemple, dans le premier décret indiquer que « *les adresses électroniques sont des noms de domaines pleinement qualifiés (FQDN, au sens de la RFC 1034)* » et

3. Disponible en ligne sur le site web de l'IETF (Internet Engineering Task Force) à l'adresse <https://www.ietf.org/rfc/rfc3986.txt>, intitulée *Uniform Resource Identifier (URI) : Generic Syntax*, de janvier 2005.

4. Disponible en ligne sur le site web de l'IETF (Internet Engineering Task Force) à l'adresse <https://www.ietf.org/rfc/rfc1034.txt>, intitulé *Domain names – Concepts and Facilities*, de novembre 1987.

5. Dans un domaine autre qu'Internet, on imagine mal un décret d'une telle portée s'appuyer sur une formulation technique aussi approximative : le terme « adresse électronique » tel qu'utilisé par les deux décrets cités (n° 2015-125 et n° 2015-253) est aussi imprécis que « pièce de moteur » pour l'industrie automobile, et correspond manifestement à deux notions très distantes (RFC 1034 et RFC 3986), qui sont plus précises, comme le seraient « filtre à air » et « bougie d'allumage », mais sans que rien dans le texte du décret puisse renvoyer à cette précision.

dans le second décret indiquer que « *les adresses électroniques sont des identifiants de ressources uniformes (URI, au sens de la RFC 3986)* ».

En conclusion, les termes-mêmes choisis par le Gouvernement, et leur différence selon qu'il faut expliciter une notion mise en œuvre par le décret 2015-125 ou par le décret 2015-253, qui appliquent tous les deux le même article de la même loi, rendent manifeste le caractère inintelligible des notions d'adresse électronique employées dans le texte réglementaire.

2. Atteinte disproportionnée à la liberté d'expression

Plusieurs arguments avancés par le Premier Ministre sont inopérants.

Sur le principe dit « de subsidiarité » de la LCEN

Les associations requérantes font valoir l'existence de mesures alternatives au référencement permettant d'atteindre les objectifs poursuivis par le législateur (voir la section 4.3 de la requête introductive d'instance).

En page 13, le Gouvernement écarte ce moyen en faisant valoir que le principe de subsidiarité « tel qu'il est défini à l'article 5 du traité sur l'Union européenne, est spécifique à l'ordre juridique de l'Union européenne et ne peut être utilement invoqué ».

Il n'aura pas échappé à tout lecteur de bonne foi de la requête introductive d'instance que les associations requérantes ne faisaient nullement référence au principe de subsidiarité dans l'ordre juridique de l'Union européenne.⁶

Le principe dont il s'agit est notamment prévu par la LCEN en matière de retrait de contenu illicite. Par exemple, l'article 6, I, 5 exige qu'une demande de retrait de contenu soit *d'abord* « adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses » lorsqu'il est possible de les contacter, c'est *ensuite* seulement que la demande est adressée à l'hébergeur. *Enfin*, concernant l'autorité judiciaire, c'est « à défaut » de pouvoir prescrire une mesure à l'hébergeur, que le juge la prescrit *au fournisseur d'accès internet* (article 6, I, 8).

Ces demandes de retrait, adressées d'abord et directement à l'éditeur, sont plus respectueuses des droits et libertés. Passer outre ce processus de « subsidiarité » n'est pas justifié en l'espèce.

6. Le principe dit « de subsidiarité » en droit de services de communication en ligne est bien connu de la doctrine, ainsi que du législateur.

Voir par exemple le rapport d'information parlementaire sur la neutralité de l'internet et des réseaux, de Mesdames les députés Erhel et de La Raudière. Assemblée nationale, rapport n° 3336 du 13 avril 2011, disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3336.asp>

Voir également le rapport relatif à l'avis Net neutralité n° 2013-1 du 1^{er} mars 2013 du Conseil national du numérique, disponible à l'adresse <http://www.cnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-rapport-net-neutralite-VFINALE.pdf>

Sur les procédures judiciaires non transposables à une injonction administrative secrète

Le Gouvernement transpose à l'espèce les considérations de la Cour de Justice de l'Union européenne énoncées dans son arrêt *Telekabel* précité. Notamment, le Gouvernement avance que :

« Il appartiendra, en réalité, comme l'a souligné la Cour, aux juridictions de première instance de vérifier, pour chaque mesure de déréférencement mise en œuvre dont elle serait saisie, que l'ingérence de l'autorité publique [...] se trouve justifiée [...]. C'est à l'occasion de cet examen, notamment que la réalité d'un sur-blocage et son impact pourront être mesurés. »

L'arrêt *Telekabel* concerne les injonctions **judiciaires** d'empêcher l'accès à des contenus contrefaisants. Or, en l'espèce, les injonctions critiquées sont d'ordre administratif et notamment, celles-ci ont un **caractère confidentiel** — la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur ces aspects.

Par conséquent, cette motivation de la Cour ne saurait être transposée à ce litige.

3. Absence de contrôle juridictionnel effectif

3.1. Sur l'absence de contrôle juridictionnel de la mesure de déréférencement

En l'espèce, il n'est pas contesté, premièrement, que la mesure en cause est motivée par une appréciation d'ordre pénal du contenu mis en cause – le Premier ministre le reconnaît d'ailleurs.

Deuxièmement, il n'est pas non plus contesté que la mesure de déréférencement constitue une restriction du droit à la liberté d'expression ainsi que de la liberté du public d'accéder aux informations publiées, tous deux garantis par l'article 10 de la Convention EDH.

Troisièmement, il n'est pas davantage contesté que la mesure de déréférencement intervient en dehors de toute procédure prévoyant effectivement aux éditeurs ou hébergeurs des contenus en cause la possibilité, préalablement à la mesure restrictive à leur égard, de pouvoir présenter leurs observations.

Quoiqu'il en soit, force est de constater que le Premier ministre n'apporte **aucune réponse** aux moyens tirés de **l'article 10 de la Conv. EDH** et de la jurisprudence de la Cour EDH, notamment l'arrêt du 17 juillet 2001, *Association Ekin contre France* (n° 39288/98) (cf. requête introductive d'instance, section 4.3.1. pages 20 et s.).

3.2. Sur l'ineffectivité du contrôle a posteriori ou du contrôle de la personnalité qualifiée

Le Premier ministre a également manqué de répondre aux moyens avancés par les associations requérantes au titre de l'article 6 de la Convention EDH, arguant que la

mesure de déréférencement ne serait qu'une mesure de police administrative à l'encontre de laquelle l'article 6 de la Convention EDH ne pourrait être utilement invoqué.

Pour ce faire, il invoque une jurisprudence inapplicable au cas d'espèce. En effet, dans l'arrêt *SARL Le Madison* (n° 345903, 10 octobre 2012), le Conseil d'État exclut l'application de l'article 6 de la Convention au bénéfice des exploitants de débit de boissons dont la fermeture a été ordonnée par l'administration du seul fait d'infractions commis par des tiers, « indépendamment de toute responsabilité de l'exploitant ». *A contrario*, si la fermeture ainsi ordonnée avait été directement dépendante de l'engagement de la responsabilité de l'exploitant sur la base d'une accusation pénale, l'article 6 s'appliquerait. Or, en l'espèce, les mesures administratives dépendent directement de la qualification délictuelle des faits édités ou distribués. La qualification de ces délits ne saurait être faite « indépendamment de toute responsabilité » de leurs auteurs. Dès lors, une lecture *a contrario* de la jurisprudence citée offre à ces derniers le bénéfice de la Convention.

Le Premier Ministre développe une argumentation tout à fait contradictoire afin de prétendre que la mesure de déréférencement échappe à l'application de la Convention EDH et aux règles issues du procès équitable, il avance en effet que la mesure présenterait « un caractère exclusivement préventif ».

Cet argument est inopérant.

En effet, la Cour EDH définit largement une accusation en matière pénale comme le « reproche d'avoir accompli une infraction pénale », même lorsqu'il n'y a eu « en l'espèce ni arrestation ni inculpation » (CEDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, n° 6903/75, points 43 et 46).

En l'espèce, en ordonnant le déréférencement, l'administration qualifie le service en cause comme étant constitutif des faits matériels des délits incriminés par les articles 227-23 et 421-2-5 du code pénal.

La mesure de déréférencement requise par l'administration auprès des exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires est donc constitutive d'un « reproche d'avoir accompli une infraction pénale » et, dès lors, d'une accusation en matière pénale dirigée notamment contre l'éditeur du service déréféréncé.

L'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH est donc bien applicable et l'éditeur est en droit de bénéficier des droits à un contrôle juridictionnel effectif (cf. requête introductive d'instance, section 4.3.2.).

Force est de constater que le Gouvernement ne conteste pas le caractère ineffectif des voies de recours ouvertes aux accusés en vertu de l'article 6 de la Convention EDH.

Par ces motifs, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations exposantes persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Le 24 octobre 2015, à Paris

Pour les associations requérantes,
Benjamin BAYART