



Commentaire

Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017

M. David P.

(Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes II)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 9 octobre 2017 par la Cour de cassation (arrêt n° 2518 du 4 octobre 2017) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. David P. portant sur l'article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

Dans sa décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, le Conseil constitutionnel a jugé cet article contraire à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

Le Conseil constitutionnel a eu à connaître du régime juridique du délit de consultation habituelle de « sites internet terroristes » à l'occasion de sa décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017. Le présent commentaire ne retrace donc pas l'évolution de la législation qui avait été détaillée dans le commentaire sur cette précédente affaire. Il en rappelle néanmoins les principaux aspects.

L'article 421-2-5-2 du code pénal a été créé par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Cet article incrimine pénalement la consultation habituelle de sites internet mettant à disposition des messages, images ou représentations provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de ces actes.

L'adoption de cette disposition est l'aboutissement d'un processus entamé en 2012.

En effet, déposé à l'Assemblée nationale le 11 avril 2012, le projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme¹ prévoyait d'insérer dans le code pénal un article 421-2-6 ayant pour objet la répression de la consultation habituelle de sites internet terroristes. Toutefois, déposé en fin de législature, ce projet de loi n'a jamais été discuté devant le Parlement.

Le projet de création d'un délit de consultation habituelle de sites internet terroristes a été repris dans une proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, déposée le 17 décembre 2015². La disposition a été adoptée par le Sénat le 2 février 2016, mais le texte n'a pas été, par la suite, inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale.

L'incrimination a été réintroduite par voie d'amendement³, contre l'avis du Gouvernement, à l'occasion de l'examen en séance publique au Sénat en première lecture du projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale⁴. Le texte a été définitivement adopté le 25 juin 2016⁵.

Le rapporteur à l'Assemblée nationale avait indiqué, à l'occasion de la discussion générale précédant l'adoption en séance publique des conclusions de la commission mixte paritaire : « *Nous avons, en revanche, accepté la création de deux nouveaux délits, l'un d'entrave au blocage des sites faisant l'apologie du terrorisme, et l'autre de consultation habituelle de tels sites, même si je continue d'émettre des réserves sur la constitutionnalité de ce dernier. La jurisprudence tranchera sans doute rapidement ce point* »⁶.

Ces propos faisaient notamment écho aux réserves exprimées par le Conseil d'État, en 2012, dans l'avis qu'il avait rendu au Gouvernement sur la disposition équivalente intégrée au projet de loi déposé le 11 avril 2012 :

¹ Projet de loi n° 4497 (Assemblée nationale – XIII^e législature) renforçant la prévention et la répression du terrorisme, déposé le 11 avril 2012.

² Proposition de loi n° 280 (Sénat – 20152016) tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, présentée par MM. Philippe Bas, Bruno Retailleau, François Zochetto, Michel Mercier et plusieurs de leurs collègues, déposée le 17 décembre 2015.

³ Amendement n° 65 rect. *bis* de M. Bruno Retailleau et plusieurs de ses collègues.

⁴ Projet de loi n°3473 (Assemblée nationale – XIV^e législature) renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, déposé le 3 février 2016.

⁵ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁶ Intervention de Pascal Popelin, *JOAN*, séance du 19 mai 2016, p. 3492.

« De telles dispositions, sans véritable précédent dans notre législation ni équivalent dans celles des autres États membres de l'Union européenne, permettaient d'appliquer des sanctions pénales, y compris privatives de liberté, à raison de la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder. Le Conseil d'État a considéré que de telles dispositions portaient à la liberté de communication, dont une protection particulièrement rigoureuse est assurée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme, une atteinte qui ne pouvait être regardée comme nécessaire, proportionnée et adaptée à l'objectif de lutte contre le terrorisme.

« La création de cette nouvelle incrimination n'aurait pas eu pour conséquence de donner aux magistrats et aux membres de la police judiciaire des moyens [pour prévenir la] commission de graves atteintes aux personnes ou aux biens à la suite d'un processus d'"auto-radicalisation". D'ores et déjà, toute personne à l'encontre de laquelle il existe une raison quelconque de soupçonner, y compris en raison du contenu ou de l'objet de ses communications électroniques, qu'elle est susceptible de préparer un acte de terrorisme peut faire l'objet, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance ou d'une information judiciaire, de mesures d'investigation permettant d'intercepter ou capter ces communications ou d'en reconstituer l'historique. La surveillance d'une telle personne peut, en outre, être organisée dans le cadre de la police administrative.

« Le Conseil d'État a par ailleurs relevé que notre législation comportait déjà plusieurs "infractions obstacle", au nombre desquelles, notamment, l'association de malfaiteurs terroriste prévue et réprimée par l'article 421-2-1 du code pénal, permettant de procéder à l'arrestation de personnes préparant la commission d'actes de terrorisme sans attendre que leur projet soit entré dans une phase d'exécution.

« Il a noté, enfin, que, cantonnée à la consultation de sites terroristes, l'incrimination ne faisait pas obstacle à la possibilité de prendre connaissance, autrement que par un service de communication en ligne, de messages provoquant au terrorisme ou faisant l'apologie de celui-ci.

« Il lui est apparu qu'en tout état de cause, l'incrimination n'était pas de nature à atteindre l'objectif recherché par le Gouvernement : empêcher la radicalisation susceptible de résulter de la réception de tels messages »⁷.

1. – La censure du Conseil constitutionnel du 10 février 2017

Par une décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 421-2-5-2 du code pénal, en prononçant une censure à effet immédiat. Cette censure était fondée sur la violation de la liberté de communication.

Après avoir rappelé que l'objectif poursuivi par le législateur était de « *prévenir l'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre ensuite* »⁸ des actes terroristes, le Conseil constitutionnel avait examiné si l'atteinte portée à la liberté de communication, au nom de cet objectif, était bien nécessaire, adaptée et proportionnée.

En premier lieu, examinant l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, il avait énuméré les dispositions législatives existantes destinées à prévenir la commission d'actes de terrorisme, comme, en matière pénale, le délit d'association de malfaiteur terroriste⁹, ceux de recrutement de terroristes¹⁰ ou de provocation ou d'apologie du terrorisme¹¹, celui d'entreprise individuelle terroriste¹². Il s'était également attaché aux pouvoirs d'enquête étendus relatifs à ces infractions. En matière administrative, il avait relevé, d'une part, que les services de renseignement disposent de prérogatives particulières en matière d'interception de sécurité, de sonorisation et de captation d'images et de données informatiques et, d'autre part, qu'il était possible d'obtenir le retrait de contenus illicites ou l'arrêt d'un service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'infractions terroristes ou en faisant l'apologie.

Le Conseil constitutionnel en avait conclu que les autorités administrative et judiciaire « *disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses*

⁷ Rapport d'activité du Conseil d'État 2013. Ces réserves ont conduit le Conseil d'État, à l'époque à proposer la disjonction de cet article du reste de l'avant-projet de loi.

⁸ Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. (Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes)*, paragr. 6.

⁹ Article 421-2-1 du code pénal.

¹⁰ Article 421-2-4 du même code.

¹¹ Article 421-2-5 du même code.

¹² Article 421-2-6 du même code.

prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution »¹³.

En second lieu, s'agissant de la gravité de l'atteinte à cette liberté et, donc, des exigences d'adaptation et de proportionnalité à l'objectif poursuivi par le législateur, il avait retenu que *« les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services. Ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation, dès lors que cette consultation ne résulte pas de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle n'intervient pas dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle n'est pas réalisée afin de servir de preuve en justice.*

« Si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation effectuée de "bonne foi", les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée, ainsi qu'il vient d'être rappelé, ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste. Dès lors, les dispositions contestées font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations »¹⁴.

De l'ensemble de ces observations, le Conseil constitutionnel avait conclu que l'ancien article 421-2-5-2 du code pénal portait à la liberté d'expression une atteinte qui n'était pas nécessaire, adaptée et proportionnée¹⁵.

¹³ Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 préc. paragr. 13.

¹⁴ Même décision, paragr. 14 et 15.

¹⁵ Même décision, paragr. 16.

2. – La loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique

* La censure prononcée par le Conseil constitutionnel étant intervenue au cours de la discussion du projet de loi relatif à la sécurité publique, le président de la commission des lois du Sénat, M. Philippe Bas, a proposé à la commission mixte paritaire, réunie le 13 février 2017 sur ce texte, de rétablir le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes en le corrigeant conformément à la décision du Conseil constitutionnel¹⁶.

Le texte définitivement adopté le 16 février 2017, a donc rétabli ce délit, en y apportant deux modifications.

En premier lieu, le législateur a restreint le champ de l'incrimination à la consultation habituelle de sites internet terroristes effectuée « *sans motif légitime* ». Cette rédaction, qui remplace l'exception de consultation de « *bonne foi* » prévue par le texte censuré, vise, selon son auteur, à caractériser davantage l'infraction : « *Ainsi, je propose de punir "le fait de consulter habituellement et sans motif légitime" un site qui appelle aux crimes djihadistes, aux crimes terroristes, en définissant ainsi, dans un second paragraphe, un motif légitime : "la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes". / Autrement dit, l'individu qui consulte régulièrement de tels sites, mais qui prend le soin d'en dénoncer l'existence aux officiers de police judiciaire, s'exonère de tout risque d'être poursuivi pour consultation régulière de ces sites. Le motif légitime est donc tout à fait explicité* »¹⁷. Le législateur a cité des exemples de motif légitime, dans une liste introduite par un « *notamment* », qui n'a pas vocation à être exhaustive.

Par ailleurs, le législateur a ajouté un deuxième élément constitutif de l'infraction : la consultation habituelle des sites internet terroristes, sans motif légitime, doit se doubler « *d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service* »¹⁸. Le législateur a ici repris une formule utilisée par le Conseil

¹⁶ Rapport n° 4466 (Assemblée nationale – XIV^e législature) et n° 399 (Sénat – 2016-2017) de MM. François Grosdidier, sénateur et Yves Goasdoué, député, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 13 février 2017, p. 12 et s.

¹⁷ Rapport n° 4466 (Assemblée nationale – XIV^e législature) et n° 399 (Sénat – 2016-2017), préc., p. 12 et 13.

¹⁸ Article 421-2-5-2 du code pénal : « *Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant*

constitutionnel dans sa décision de censure, lorsqu'il a reproché aux dispositions contestées de ne pas imposer que « *l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* ».

À titre d'illustration, le président Philippe Bas a indiqué que seraient constitutifs d'une telle manifestation d'adhésion « *des correspondances avec des tiers les invitant à consulter ces mêmes sites ou faisant part de l'adhésion à cette idéologie, ou le fait que, pendant une perquisition, on trouve certains objets qui attestent de l'adhésion de l'individu à cette idéologie* ». Partant, selon lui, « *ce n'est donc plus la seule consultation du site terroriste qui fonde la sanction* »¹⁹.

* Tant la nécessité de réintroduire un tel délit que sa nouvelle rédaction ont donné lieu à débat. Son promoteur a défendu la nécessité de conserver cette incrimination aux mains des magistrats parce qu'elle permet « *de poursuivre des terroristes qui ne sont pas encore passés à l'étape de la constitution d'une entreprise individuelle de terrorisme ou à celle d'association de malfaiteurs en vue de commettre un acte terroriste. Il vaut mieux les arrêter à ce moment-là, avant qu'ils n'aient "progressé" dans leur démarche [...] C'est précisément lorsque le ministère public et le tribunal correctionnel n'ont pas d'éléments démontrant qu'un individu met en œuvre une entreprise individuelle à des fins terroristes, ou participe à une association de malfaiteurs en vue de commettre un attentat terroriste, que ce délit est utile. [...] Faute d'éléments, à ce stade de leur entreprise, on ne peut poursuivre ces mêmes individus par d'autres voies, ce qui montre bien la nécessité de ce délit. Plus l'organisation du terrorisme progressera, moins les individus qui s'y impliquent laisseront de traces de leurs relations avec autrui et des préparatifs qu'ils commettent et plus ils déjoueront la surveillance dont ils font l'objet, même si elle est renforcée* »²⁰.

À l'inverse, le député Pascal Popelin, a indiqué persister « *à penser que le délit d'entreprise individuelle terroriste, que nous avons introduit dans la loi du 13*

directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service ».

¹⁹ Rapport n° 4466 (Assemblée nationale – XIV^e législature) et n° 399 (Sénat – 2016-2017), préc., p. 13.

²⁰ *Ibid.*, p. 14 et s.

novembre 2014, permet de couvrir l'ensemble des situations. Si je l'ai bien comprise, c'est ce qui motive la décision du Conseil constitutionnel quand il explique que cette disposition n'est pas nécessaire. / Personne ici ne considère que la consultation régulière de sites djihadistes ou faisant l'apologie du terrorisme est acceptable et que la société doit fermer les yeux. Simplement, le Conseil constitutionnel estime que la loi permet déjà de prendre en compte ce fait pour caractériser le délit d'entreprise individuelle terroriste. / Il estime aussi que le délit de consultation habituelle de tels sites n'est pas adapté : qu'est-ce qu'une consultation régulière ? Qu'est-ce qu'une consultation à titre professionnel ? Ce n'est pas suffisamment précis sur le plan juridique. / Votre proposition de rédaction se rapproche encore davantage de la notion d'entreprise individuelle terroriste avec la notion de "manifestation de l'adhésion à l'idéologie", qui n'est pas simple à définir. Si cette définition est davantage adaptée, elle ne sera pas plus nécessaire »²¹.

Le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, M. Dominique Raimbourg, a lui aussi exprimé des doutes sur la constitutionnalité du dispositif proposé : *« La difficulté, c'est de définir ce qu'est la "manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée" sur le service que consulte l'intéressé sur son ordinateur. S'il est tout seul devant celui-ci, comment caractériser cette manifestation ? S'il n'est plus seul, il relève de l'apologie du terrorisme. / Notre droit pénal contient suffisamment d'éléments pour nous dissuader de renouveler cette tentative, qui risque de subir une nouvelle fois les foudres du Conseil constitutionnel. Je comprends votre intention, mais cet effort n'est pas justifié »²².*

B. – Origine de la QPC et question posée

M. David P., poursuivi devant le tribunal correctionnel notamment pour avoir commis l'infraction rétablie à l'article 421-2-5-2 du code pénal, a soulevé devant ce tribunal une QPC, portant sur cet article, ainsi rédigée :

« L'article 421-2-5-2 du code pénal, lequel incrimine la consultation habituelle, sans motif légitime, d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la

²¹ *Ibid.*, p. 14.

²² *Ibid.*, p. 15.

commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service est-il contraire aux articles 1^{er}, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 34 et 62 de la Constitution et aux principes de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique, d'accès à l'information, de liberté de communication et d'opinion, de nécessité des peines, d'égalité des citoyens devant la Loi et de la présomption d'innocence :

« - en ce qu'il a été réintroduit par le législateur malgré une décision rendue par le Conseil Constitutionnel, en date du 10 février 2017, laquelle a expressément indiqué qu'une telle incrimination n'apparaissait pas nécessaire, dans son principe même, au sein d'une société démocratique ;

« - en ce qu'il incrimine et punit la consultation habituelle sans définir les critères permettant de qualifier une consultation d'habituelle, prévoit une exception de motif légitime non limitative et n'apporte aucune définition de la notion de terrorisme et de manifestation à une idéologie,

« -en ce qu'il atteint à la liberté de communication et d'opinion de tout citoyen en punissant d'une peine privative de liberté la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder, quand bien même cette dernière aurait manifesté son adhésion à l'idéologie véhiculée par ce service,

« - en ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les personnes ayant accès à des tels messages, images ou représentations par un service de communication en ligne et celles y ayant accès par d'autres moyens et supports qu'un service de communication en ligne,

« - en ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les citoyens souhaitant bénéficier d'un accès à de tels services et ceux excipant d'un motif légitime ou autorisés expressément par la Loi,

« - en ce qu'il punit de deux années d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la seule consultation, même habituelle, d'un service de communication en ligne,

« - en ce qu'il institue une présomption de mauvaise foi déduite de la seule consultation de ces services de communication en ligne ? ».

Par jugement du 13 juillet 2017, le tribunal correctionnel d'Angers a transmis cette QPC à la Cour de cassation.

Par la décision précitée du 4 octobre 2017, la Cour de cassation a renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel, jugeant celle-ci sérieuse pour les motifs suivants :

« Qu'en effet, à la suite de sa décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, il apparaît justifié que le Conseil constitutionnel examine si la nouvelle rédaction de l'article 421-2-5-2 du code pénal porte une atteinte nécessaire, adaptée et proportionnée au principe de liberté de communication, au regard des dispositions déjà existantes dans la législation pénale et des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire et aux autorités administratives afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme ; qu'en outre, une incertitude est susceptible de peser sur la notion de motif légitime rendant la consultation licite dès lors qu'elle n'est définie que par des exemples ; qu'il en est de même de la référence nécessaire à la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur le service concerné par l'auteur de la consultation ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant, rejoint par les associations admises à intervenir, soutenait, d'abord, que le législateur aurait méconnu l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel en adoptant à nouveau un délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, alors que le Conseil constitutionnel a dans sa décision du 10 février 2017 précitée jugé que ce délit n'était pas nécessaire au regard des dispositifs préventifs et répressifs déjà existants.

Il soutenait également que la liberté de communication serait méconnue dès lors que l'atteinte portée par la disposition contestée n'était ni nécessaire, compte tenu des dispositifs juridiques déjà existants en la matière, ni adaptée et proportionnée.

Enfin, il invoquait la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, de ceux de nécessité des peines et de la présomption d'innocence ainsi que la violation du principe d'égalité et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Conformément au principe de l'économie de moyens, le Conseil constitutionnel s'est exclusivement prononcé sur le grief, relatif à la méconnaissance de la liberté de communication, qui a conduit à la censure des dispositions contestées.

A. – La jurisprudence constitutionnelle

La protection constitutionnelle des libertés d'expression et de communication se fonde sur l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.* » Le Conseil constitutionnel ajoute qu'il s'agit là d'une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* » et « *que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »²³.

La liberté de communication relève *a priori* davantage de « *la liberté de diffuser et de la liberté de recevoir des idées tandis que la liberté d'expression est une liberté d'émettre de telles idées* »²⁴.

La jurisprudence du Conseil est abondante en la matière. Elle a toutefois principalement consisté à contrôler, en matière de médias, les dispositions législatives assurant la régulation globale de la presse ou de l'audiovisuel (n^{os} 82-141 DC du 27 juillet 1982²⁵, 84-181 DC du 11 octobre 1984²⁶, 86-217 DC du 18 septembre 1986²⁷, 2009-577 DC du 3 mars 2009²⁸ et 2009-580 DC du 10 juin 2009²⁹).

Comme il l'a rappelé dans sa décision HADOPI I (n^o 2009-580 DC du 10 juin 2009), le Conseil constitutionnel subordonne la conformité à la Constitution des atteintes portées à cette liberté à une triple condition de nécessité, d'adaptation et

²³ Décision n^o 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15.

²⁴ Droit du contentieux constitutionnel, D. Rousseau, § 725.

²⁵ Décision n^o 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

²⁶ Décision n^o 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

²⁷ Décision n^o 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

²⁸ Décision n^o 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

²⁹ Décision n^o 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée.

de proportion à l'objectif poursuivi, objectif qui doit relever d'une autre règle ou principe de valeur constitutionnelle.

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel a reconnu l'importance des services de communication au public en ligne pour l'exercice de cette liberté. Ainsi, il a jugé : « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* ».

En matière de restriction de l'accès à internet, le Conseil constitutionnel a censuré, dans sa décision n° 2009-580 DC précitée du 10 juin 2009, un dispositif de coupure administrative de l'accès à internet de toute personne, notamment depuis son domicile, en cas d'usage de l'accès à internet non respectueux de la propriété intellectuelle³⁰. Dans sa décision n° 2011- 625 DC sur la loi LOPPSI du 10 mars 2011, il a en revanche contrôlé et, compte tenu des garanties encadrant ce dispositif, validé des dispositions qui confèrent à l'autorité administrative le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services diffusant des images de pornographie infantile³¹.

* La jurisprudence relative à la répression de la négation de certains crimes contre l'humanité illustre la portée que le Conseil constitutionnel donne à son contrôle s'agissant d'incriminations pénales mettant en cause la liberté de communication.

Dans un premier temps, le Conseil a censuré une telle infraction, au motif qu'un de ses éléments constitutifs (le fait qu'une disposition législative ait « *reconnu* » le crime comme tel) renvoyait à une condition juridiquement impossible, dans la mesure où une loi qui procède à une telle reconnaissance est nécessairement dépourvue de portée normative (n° 2012-647 DC du 28 février 2012³²).

À l'inverse, le Conseil a admis, dans sa décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, la constitutionnalité du délit de négationnisme lorsqu'il porte sur des crimes contre l'humanité commis par les membres d'une organisation déclarée

³⁰ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée, cons. 16

³¹ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 5 à 8

³² Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

criminelle ou par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.

Après avoir relevé que les propos incriminés « *constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme* », que l'incrimination pénale visait « *à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale* », que « *seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée et que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques* », le Conseil a conclu que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur³³.

Enfin, le Conseil a censuré, dans sa décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, l'infraction réprimant la négation de certains crimes lorsque cette négation constitue une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale.

Dans cette décision, il a d'abord relevé, d'une part, que la négation de tels crimes n'est pas nécessairement, en elle-même, constitutive d'une telle incitation à la violence ou à la haine et, d'autre part, que l'infraction contestée n'était pas nécessaire, compte du droit en vigueur, à la répression de telles incitations à la violence ou à la haine. Puis il a considéré que, ce faisant, le seul effet de l'infraction ainsi créée était d'obliger le juge à se prononcer sur la réalité des crimes dont la négation est poursuivie, sans qu'il en soit saisi à titre principal. Il en a alors conclu que « *des actes ou des propos peuvent ainsi donner lieu à des poursuites au motif qu'ils nieraient, minoreraient ou banaliseraient des faits sans pourtant que ceux-ci n'aient encore reçu la qualification de l'un des crimes visés par les dispositions du dernier alinéa du 2° de l'article 173. Dès lors, ces dispositions font peser une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression* »³⁴.

³³ Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. (Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)*, cons. 5 à 8.

³⁴ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, paragr. 194 à 196.

B. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel était une nouvelle fois confronté à la question de la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté de communication : les modifications apportées par le législateur à l'incrimination précédemment censurée étaient-elles de nature à modifier l'appréciation qu'il avait portée à l'époque ?

* Le requérant, comme les associations intervenantes, distinguaient, dans leur recours, d'un côté la question de la nécessité de l'atteinte à la liberté de communication résultant des dispositions contestées, de l'autre celle de sa proportionnalité et de son adaptation. Selon eux, l'absence de nécessité suffisait à entraîner la censure de la disposition.

Une telle approche ne correspondait toutefois pas à celle que le Conseil constitutionnel avait retenue dans sa décision n° 2016-611 QPC précitée. Dans l'exercice de son contrôle de l'atteinte à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel procède à une appréciation globale, examinant chacun de ces trois éléments avant de conclure si l'atteinte est constitutionnelle ou non.

Dans la décision commentée, le Conseil a procédé de même, après avoir rappelé le cadre de son contrôle des atteintes portées à la liberté de communication (paragr. 3 et 4).

* *Sur la question de la nécessité :*

Réitérant presque mot pour mot les motifs de la décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et faisant référence à cette dernière, le Conseil constitutionnel a tout d'abord constaté que, d'une part, « *la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par l'article 421-2-5-2 du code pénal et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » (paragr. 6) et que, d'autre part, « *le législateur a conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » (paragr. 9). Le Conseil a d'ailleurs observé sur ce dernier point que depuis l'entrée en vigueur des dispositions contestées, le législateur avait complété les pouvoirs de l'administration en adoptant, par la loi du 30 octobre 2017, de nouvelles mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance³⁵.

³⁵ La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

La situation n'était ainsi pas différente de celle qui prévalait lors de la censure de la première rédaction de l'article 421-2-5-2 du code pénal et le Conseil constitutionnel a pu conclure, une nouvelle fois qu'« *au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution* » (paragr. 13).

* *Sur le caractère adapté et proportionné :*

Le législateur avait en revanche veillé à faire évoluer la rédaction de l'incrimination contestée afin de répondre à la motivation du Conseil constitutionnel sur l'absence de caractère adapté et proportionné de l'atteinte portée à la liberté de communication par le délit de consultation habituelle de sites terroristes.

Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas considéré que ces modifications étaient de nature à remédier au vice d'inconstitutionnalité du délit ainsi instauré.

* Comme on l'a vu précédemment, le législateur avait retenu comme élément constitutif complémentaire de l'infraction la « *manifestation de l'adhésion à l'idéologie* » exprimée sur les services de communication au public en ligne, à laquelle le Conseil constitutionnel avait fait référence dans une incise du paragraphe 14 de sa décision n° 2016-611 QPC.

Dans la décision commentée, le Conseil n'a toutefois pas jugé qu'un tel ajout suffisait à lever la difficulté.

En effet, cette incise n'avait qu'un caractère secondaire par rapport à l'élément principal souligné par le Conseil dans sa décision du 10 février 2017 : « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes* » (paragr. 14 de la décision n° 2016-611 QPC et de la décision commentée). Cette lecture de la décision du 10 février 2017 était d'ailleurs confirmée par le paragraphe 15 de cette même décision, qui précisait,

sans faire aucune référence à la manifestation d'une adhésion à une idéologie, que « *Si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation effectuée de "bonne foi", les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée, ainsi qu'il vient d'être rappelé, ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste* ».

Or, comme le Conseil constitutionnel l'a relevé dans la décision commentée, ni la consultation habituelle de sites terroristes ni la manifestation de l'idéologie véhiculée sur ces sites ne sont susceptibles « *d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes* » (paragr. 14 de la décision commentée). Ce faisant, le délit prévu à l'article 421-2-5-2 du code pénal punit de deux d'emprisonnement le seul fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, sans que l'intention terroriste soit retenue comme élément constitutif de l'infraction (même paragr.). Ceci signifie donc que le trouble à l'ordre public qui justifie l'atteinte portée à la liberté de communication n'a pas la même intensité que celui qui correspond à un risque de passage à l'acte terroriste.

* Le Conseil constitutionnel ayant jugé, dans sa décision n° 2016-611 QPC, que la portée de l'exception de « *bonne foi* » n'était pas suffisamment déterminée, le législateur l'avait remplacée par celle de « *motif légitime* » et avait choisi de donner dans la loi des exemples de motifs légitimes (il avait pour ce faire repris des causes d'exemption de responsabilité figurant dans le précédent texte et avait ajouté un exemple supplémentaire, la dénonciation aux autorités des sites en cause.

Le Gouvernement faisait valoir en défense de la disposition que la notion de « *motif légitime* » est déjà utilisée en droit pénal, pour le délit de port d'arme prohibé (article 222-54 du code pénal), celui de détention ou de transport de substances ou produits incendiaires (article 322-11-1 du même code) ou celui de mise en péril de mineurs (article 227-17 du même code). Il ajoutait, d'une part, que le législateur en a fourni quatre exemples et affirmait d'autre part que la notion « *n'est pas susceptible de se prêter à une interprétation arbitraire de la part des juridictions* ».

Cette notion n'est pas définie par le code pénal ou le code de procédure pénale. Cependant, ses contours ont été précisés par la doctrine. Elle est ainsi présentée comme « *un fait justificatif* »³⁶, « *un standard général de justification* »³⁷ qui

³⁶ Jean Pradel. *Droit pénal général*, p. 304 et 305. 2016.

permet d'effacer le caractère illicite de l'acte : « *Le motif légitime apparaît ainsi comme un fait justificatif autonome. Il emprunte aux faits justificatifs généraux leurs caractères déterminants, en ce sens qu'il suppose un élément objectif, externe à l'agent et qui fait que l'infraction commise perd son caractère délictueux car elle est socialement nécessaire ou – au moins – neutre. Mais c'est un fait justificatif à part entière. Il peut certes, dans certains cas, "rejoindre" les faits justificatifs généraux, en ce sens qu'il n'en constituera qu'une simple application – comme dans les cas où le motif invoqué résidera dans l'autorisation de la loi – mais il ne se confond pas avec eux. La caractéristique du motif légitime, en tant que fait justificatif, est d'être une notion beaucoup plus large que les faits justificatifs ordinairement prévus par la loi pénale. De ce point de vue, il se distingue également des autres faits justificatifs spéciaux. En effet, en règle générale, la justification spéciale résulte d'une circonstance bien particulière qui ne laisse aucune place, ou très peu, au pouvoir d'appréciation du juge. [...] Le motif légitime, au contraire, est une notion générale qui laisse au juge une marge de manœuvre non négligeable* »³⁸.

La principale critique doctrinale portant sur l'exception de motif légitime tient à l'inversion de la charge de la preuve à laquelle elle conduit, s'agissant notamment d'infractions préventives : « *Cette technique législative apparemment favorable au délinquant vise moins à justifier son comportement équivoque **qu'à justifier la banalisation de la répression de la phase préparatoire de l'infraction.** Le prévenu doit rapporter la preuve de la légitimité concrète de son acte, alors que la légitimité abstraite de la répression est sujette à caution. La prolifération de telles infractions dérogatoires révèle l'insuffisant contrôle de la nécessité de la répression. Pour renforcer cette exigence supra légale, il suffit de reprendre les critères fiables d'appréciation dégagés par la doctrine germanique ou hispanique. Il en résulte que le législateur doit concentrer ses efforts sur la définition précise de l'infraction afin qu'elle corresponde à un risque concret pour l'ordre public. C'est en vain qu'il empiète sur l'office du juge, en prédéterminant de manière lacunaire les faits justificatifs et leur champ d'application* »³⁹.

Le recours la notion de « *motif légitime* » dans une incrimination pénale n'est toutefois pas en soi contraire à la Constitution : ceci résulte notamment

³⁷ Marie Reix « Le motif légitime en droit pénal, contribution à la théorie générale de la justification », RSC, 2013, p.1000.

³⁸ Catherine Caille, « Le motif légitime en droit pénal », *RPDP*, 1998, p. 201 et. 202.

³⁹ Marie Reix, « *Le motif légitime en droit pénal, contribution à la théorie générale de la justification* », RSC 2013, p. 1000.

implicitement de la décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010⁴⁰ dans laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 13 de la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, qui instaurait notamment l'article 431-28 du code pénal aux termes duquel « *Le fait pour une personne habilitée ou autorisée à pénétrer dans un établissement scolaire de pénétrer ou de se maintenir dans un tel établissement en étant porteuse d'une arme sans motif légitime est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende* ».

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a cependant considéré qu'en l'espèce, la portée de cette cause exonératoire de responsabilité pénale ne pouvait être déterminée (paragr. 15).

Il a tout d'abord observé, comme il l'avait fait dans sa précédente décision, que le législateur n'avait pas retenu l'intention terroriste comme élément constitutif de l'infraction. Ce faisant, il est plus difficile pour le justiciable d'anticiper ce qui peut correspondre à un tel motif légitime dès lors que l'intention « coupable » de celui qui consulte habituellement un site terroriste n'est elle-même pas déterminée.

À cet égard, on peut observer que si la notion de « *motif légitime* » est utilisée par d'autres articles du code pénal, la part d'appréciation subjective est sans doute moins importante pour ces infractions (il s'agit, par exemple, comme on l'a vu, du port d'arme prohibé, de la détention de produits incendiaires, de la mise en péril de mineurs ou de la mise à disposition de matériel informatique adapté pour commettre certaines infractions) que pour la consultation de sites internet terroristes. Il ne s'agit en outre pas d'infractions limitant la liberté d'expression.

Puis, le Conseil constitutionnel a relevé le défaut de cohérence du législateur qui a retenu des exemples de motifs légitimes peu susceptibles de s'appliquer aux faits réprimés par l'infraction contestée. En effet, on peut difficilement imaginer qu'une personne qui adhère à l'idéologie véhiculée par des sites terroristes les consulte habituellement pour les dénoncer aux autorités ou constituer des preuves en justice, qu'elle entreprenne à leur sujet un travail de recherche ou encore qu'elle les consulte, en tant que journaliste, pour informer le public sur leur contenu. La portée de cette exemption voulue par le législateur est donc incertaine et n'assure pas une prévisibilité de la répression.

⁴⁰ Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, cons. 36.

Le Conseil constitutionnel a par conséquent conclu, comme il l'avait fait dans sa décision précédente, que « *les dispositions contestées font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations* » (paragr. 15 de la décision commentée).

Au terme de cet examen de l'atteinte portée à la liberté de communication par la disposition contestée, le Conseil constitutionnel a considéré que cette atteinte n'était pas nécessaire, adaptée et proportionnée, ce qui a entraîné la censure de l'article 421-2-5-2 du code pénal, avec effet immédiat (paragr. 16 et 18).