



Council of the European Union
General Secretariat

**Interinstitutional files:
2018/0331(COD)**

Brussels, 06 October 2020

WK 10674/2020 INIT

LIMITE

**CT
ENFOPOL
COTER
JAI**

WORKING PAPER

This is a paper intended for a specific community of recipients. Handling and further distribution are under the sole responsibility of community members.

WORKING DOCUMENT

From:	General Secretariat of the Council
To:	Delegations
Subject:	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on preventing the dissemination of terrorist content online

Delegations will find in the Annex comments from Member States on the Presidency proposals discussed at the JHA-Counsellors' meeting on 29 September 2020 (see WK 10137/2020).

NOTE DE COMMENTAIRES DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Note de commentaires — Commentaires de la France suite à la réunion des conseillers JAI TCO du 29 septembre

S'agissant de la censure partielle de la loi AVIA par le Conseil Constitutionnel :

Le 24 août, le Conseil constitutionnel a publié le commentaire de sa décision 2020-81 du 19 juin 2020 censurant la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, la « loi Avia ».

- Le Conseil rappelle dans un premier temps que, dans sa décision 2009-580 DC du 10 juin 2009, il a reconnu **l'importance, pour l'exercice la liberté d'expression et de communication, des services de communication au public en ligne**. Il rappelle qu'il soumet les atteintes à cette liberté à son degré de contrôle le plus exigeant, celui du contrôle entier de proportionnalité et qu'ainsi, seules les atteintes nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi sont considérées comme possibles. Les plateformes, qui garantissent l'exercice de cette liberté en ligne, bénéficient donc également de cette protection aux atteintes considérées comme disproportionnées.
- Il ressort ensuite de l'exposé jurisprudentiel du Conseil de ses décisions relatives à la liberté que **le point central** de sa décision de censure est **l'absence du caractère manifeste des contenus qui doivent être retirés dans l'heure et la marge d'appréciation laissée à l'administration**. Le Conseil précise en effet que son contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression tient compte de « la certitude ou, au contraire, de l'incertitude quant à la licéité du comportement ou du message susceptible d'être réprimé. Plus la qualification juridique des messages ou comportements visés est susceptible de donner lieu à débat, appréciation ou controverse, plus le risque est grand que l'atteinte soit jugée disproportionnée. » Pour illustrer le fait que l'appréciation de l'administration ne présente pas de garantie suffisante, le Conseil cite une décision du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 4 février 2019 a annulé plusieurs décisions de l'administration prises en application de l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004, après avoir jugé que les faits en cause n'étant pas des actes de terrorisme, les publications ne pouvaient être constitutives de l'infraction de provocation ou d'apologie à commettre de tels actes.
- C'est en lien avec cette constatation que le Conseil précise que le délai d'une heure laissé à l'éditeur ou l'hébergeur pour déférer à la demande de l'administration ne lui permet pas, **même en contestant en référé cette demande, d'en faire examiner la légalité avant de devoir y déférer**, sous peine d'une lourde sanction pénale pouvant atteindre un an d'emprisonnement et 250 000 euros d'amende. Ainsi, il semble que la nécessité d'un recours découle du pouvoir discrétionnaire de l'administration de décider quels sont les contenus qui doivent être considérés comme illicites ou non, et donc retirés dans l'heure. Or, la définition des contenus terroristes étant beaucoup plus précise dans le règlement TCO, la marge d'appréciation laissée aux autorités de contrôle s'en trouve considérablement restreinte. Le problème lié au régime de sanction, que le Conseil qualifie de « lourde sanction pénale » semble également être lié au risque d'arbitraire de l'administration et l'incertitude que cela entraîne pour les plateformes, dans le contexte du retrait en une heure, puisque le Conseil avait déjà validé un régime de sanction similaire dans sa décision 2011-625 du 10 mars 2011.

Aussi, il s'est avéré nécessaire de prendre en compte la décision du Conseil constitutionnel afin d'envisager la manière dont la France pourrait poursuivre les négociations du projet de règlement portant sur la prévention de la diffusion des contenus à caractère terroristes en ligne.

Après analyse approfondie, il en ressort que l'impact de cette décision est modéré et ne remet pas en cause fondamentalement nos lignes directrices en ce que le projet de règlement présente des garanties de proportionnalité plus importantes que la loi AVIA.

Les autorités françaises demandent le maintien des 4 lignes rouges suivantes :

- Le retrait en 1h du contenu dès réception de l'injonction de suppression, sans donner un caractère suspensif au recours contre une telle injonction (Article 4) ;
- Le caractère transfrontière et exécutoire de cette injonction (possibilité pour toute autorité compétente d'émettre une injonction de suppression quel que soit le lieu d'établissement du fournisseur de service d'hébergement (FSH)) ; Les autorités françaises réaffirment donc qu'il est préférable de se ranger à la position de l'orientation générale octroyant la capacité d'injonction à tous les États membres.
- Les mesures proactives imposables aux FSH (Article 6, mesures préventives pour limiter l'apparition ou la réapparition de contenus terroristes) ;
- Au titre de l'article 17, la possibilité pour chaque État membre de décider de la nature de son autorité compétente et ce faisant préserver notre modèle (autorité administrative non indépendante contrôlée a posteriori par une autorité administrative indépendante).

Plus particulièrement s'agissant des signalements (article 5) :

Outre le fait que ce dispositif (en complément des injonctions de retrait émanant des autorités compétentes aux articles 4 et 17) permet d'inclure les agences européennes (notamment l'EU IRU d'Europol) et de favoriser des synergies et une meilleure coopération dans la lutte contre la propagation des contenus terroristes en ligne, ce point participe à l'efficacité du dispositif.

Évaluer en priorité des signalements venant d'Europol et des autorités compétentes à l'aune de leurs propres CGU constitue un moyen efficace et rapide d'alerter les fournisseurs quant à la présence éventuelle de contenus terroristes sur leurs plateformes. Enfin, les signalements de l'article 5 constituent un régime intermédiaire entre les signalements des particuliers se référant aux CGU des FSH (qui ne sont pas traités dans le projet de règlement) et les injonctions de retrait. En cela, les signalements de l'article 5 sont un outil de gradation de la réponse publique et de proportionnalité, principes auxquels la France et de nombreux États membres sont attachés et qui furent des points d'attention majeurs lors des négociations au Conseil. Il est donc utile de reconsidérer une telle suppression de l'article 5.

S'agissant, plus particulièrement, des compromis proposés par la Présidence :

D'une manière générale, les autorités françaises remercient la Présidence pour l'ensemble des compromis proposés. Ceux-ci vont dans le bon sens et viennent réaffirmer nos points de vigilance. En particulier à l'article 4 §1a, nous sommes favorables à l'ajout de la Présidence qui introduit une exception à la prise de contact préalable 12 heures avant l'envoi d'une première injonction (cas d'urgence comme les *live streamings* par exemple).

Néanmoins, des ajustements paraissent nécessaires, aussi les autorités françaises font-elles valoir les points suivants :

S'agissant du champ d'application :

Les autorités françaises considèrent que la formule "*to a potentially unlimited number of persons*" telle que proposée pose difficulté ; cette formule génère de la confusion dans la mesure où elle peut suggérer que la notion de diffusion publique se limite à des cas de diffusion qui s'adresseraient à l'intégralité du public de l'Internet.

L'appréciation du caractère public de la diffusion doit pouvoir être appréciée au cas par cas, compte tenu notamment des paramétrages de visibilité et de l'audience potentielle, sans que celle-ci n'ait besoin d'être illimitée. À titre d'exemple, la jurisprudence française a pu considérer que les contenus postés sur un mur *Facebook* ouvert aux seuls « amis » ne sont pas publics dès lors qu'ils sont accessibles uniquement à un nombre limité de personnes agréées par le titulaire de compte (CA Versailles, 3^{ème} ch, 18 juin 2015, 13-03453), **mais qu'en revanche, lorsqu'il est également accessible aux « amis des amis », dont le nombre est incontrôlable**, et qui ne constituent pas une communauté d'intérêts, les contenus sont publics. (CA, Douai, 11 septembre 2014 n°14/02540).

Enfin, les autorités françaises soulignent qu'il paraît peu cohérent d'exclure systématiquement, dans le règlement « terrorisme », les messageries du champ des acteurs ciblés par des injonctions publiques, et dans le même temps, dans le cadre du nouveau projet de règlement sur les contenus pédo-sexuels, de déroger à la directive ePrivacy pour prévoir explicitement que ces mêmes messageries peuvent adopter volontairement des mesures proactives pour détecter ces contenus.

S'agissant de la définition de contenus terroriste :

Les autorités françaises sont défavorables à l'introduction du §5a sur l'exception pour les contenus artistiques, éducatifs, journalistiques ou scientifiques et les contre-discours, car il semble que cette disposition relève plutôt du niveau du considérant.

S'agissant des Articles 4, 4a et 4b - Injonctions de suppression et procédure de coopération/consultation :

La modification proposée à l'article 4 pour renforcer l'obligation de motivation "*((b) a statement of reasons explaining why the content is considered terrorist content, at least, by **and** reference to the **relevant** categories of terrorist content listed in Article 2(5);)*" ne semble pas souhaitable, et un retour à la version initiale nous semble préférable : "*(b) a statement of reasons explaining why the content is considered terrorist content, at least by reference to the **relevant** categories of terrorist content listed in Article 2(5)*".

À cet égard, les autorités françaises font part de leur flexibilité sur l'introduction du caractère « manifestement illicite » du contenu pour les injonctions de l'article 4, mais en contrepartie d'un abandon du renforcement de l'obligation de motivation. Par ailleurs, les autorités françaises souhaitent souligner que l'introduction du caractère « manifestement illicite » du contenu constituerait, pour elles, la contrepartie à la suppression de l'article 5 relatif aux signalements apportant par là-même un facteur supplémentaire de proportionnalité.

S'agissant plus particulièrement du considérant 8a portant sur les obligations de transparence :

Il est prévu que la plateforme peut s'opposer à une injonction, en invoquant les droits fondamentaux, et que l'autorité compétente doit alors confirmer l'injonction, qui reste inexécutée tant qu'elle ne l'a pas fait. Ceci appelle les observations suivantes de la part des autorités françaises :

Il ne semble pas légitime de confier à un service numérique privé le rôle d'apprécier la conformité d'une injonction aux droits fondamentaux. De plus, ce « recours devant l'autorité compétente » revêt un caractère suspensif, or il est impératif de privilégier l'efficacité de l'injonction et en particulier le retrait en 1 heure, qu'un recours suspensif priverait d'effet.

Les autorités françaises proposent donc de modifier la rédaction comme suit (ajout en gras + suppression de la phrase entre crochets) :

*"8a. If the hosting service provider has reasonable grounds to believe that the removal order manifestly and seriously breach the fundamental rights and freedoms set out in the EU Charter of Fundamental Rights, it may request the issuing competent authority to review the issued removal order without undue delay, **without prejudice to the obligation of the hosting service provider to comply with the removal order within the deadline set out in paragraph 2.** The hosting service provider shall inform the competent authority of the Member States of main establishment about this request at the same time. The issuing competent authority shall decide on the request without undue delay and inform the hosting service provider and the competent authority of the Member State of main establishment. ~~[The deadline set out in paragraph 2 shall apply as soon as the issuing competent authority has decided on the request.]~~"*

Les autorités françaises marquent leur opposition à la modification proposée à l'article 4a §3. Dans le texte du Conseil, l'autorité qui a émis l'injonction de retrait apprécie s'il y a lieu de tenir compte des observations de l'autorité du pays d'origine sur l'atteinte aux intérêts fondamentaux de ce dernier. Ici, la Présidence propose de renforcer le pouvoir de contrôle du pays d'origine ; l'autorité émettrice serait tenue de modifier ou d'annuler son injonction en fonction des observations formulées.

S'agissant de l'article 4b, les autorités françaises insistent sur le caractère ambigu de la notion d'« *enforcement* » et demandent à la Présidence des clarifications. Elles peuvent accepter, à la rigueur, que l'État membre d'établissement du FSH puisse intervenir négativement, notamment parce qu'il estimerait une injonction disproportionnée ou attentatoire aux droits fondamentaux, mais pas qu'il doive intervenir positivement pour donner son effet à l'injonction venue de l'État membre émetteur. Celui-ci introduit en outre une possibilité supplémentaire pour le pays d'origine de ne prendre aucune mesure en cas de violation d'un droit fondamental. En l'état, la justification d'un tel renversement n'est pas avérée, et cela limite de façon significative les prérogatives de l'Etat qui a émis l'injonction de retrait.

S'agissant de l'Article 12 - Capacités des autorités compétentes :

Les autorités françaises sont défavorables à la rédaction proposée au 2ème alinéa indiquant que l'autorité compétente pour émettre une injonction de retrait ne peut recevoir d'instructions ; cela revient à exiger une autorité fonctionnellement indépendante. De la même manière, la Présidence indique qu'elle est favorable à ce que l'autorité compétente pour émettre l'injonction soit indépendante, comme demandé par le Parlement européen, et elle propose que ce principe figure à l'article 2, et non plus à l'article 17. Les autorités françaises sont défavorables à cette proposition.

S'agissant de l'article 18 portant sur les sanctions :

La prise en compte de la taille et la nature de l'opérateur est importante aux yeux des autorités françaises lorsqu'il s'agit de gradation de la sanction. Néanmoins, ce compromis tel qu'il est formulé, peut exonérer l'opérateur de sanctions (« *when deciding whether to impose a penalty* ») selon sa taille et sa nature, ce qui n'est pas acceptable dès lors que nous poursuivons l'objectif d'éviter la migration de contenus. De ce fait, les autorités françaises sont défavorables à ce compromis et suggèrent de supprimer la mention « *when deciding whether to impose a penalty* ».

Les autorités françaises réaffirment néanmoins leur soutien à la demande du Parlement sur le fait de sanctionner uniquement les manquements systématiques et persistant.

Enfin, s'agissant des mesures préventives :

Ceci nous semble très problématique, car ce système doit reposer sur un « *duty of care* » imposant la mise en place d'un système de modération efficace, avec possibilité d'audit des mesures et d'injonctions ou sanctions en cas de défaillance. L'introduction de sanctions uniquement pour des non-retraits individuels ne semble pas adaptée pour les autorités françaises : c'est le système de modération dans son ensemble qu'il faut évaluer et, le cas échéant, contraindre à améliorer.

En lien avec ce qui précède, nous sommes défavorables à la modification suivante proposée à l'article 1, parag. 1a : « *duties of care... in order to prevent address the dissemination...* », qui acte le caractère uniquement « *ex post* » des mesures, à l'exclusion des mesures préventives du type détection proactive ou staydown.

NOTE
from the Hungarian delegation to Terrorism Working Party (TWP)

Subject: Proposal for a Regulation on preventing the dissemination of terrorist content online

Specific comments regarding the draft proposals of the Presidency (WK 10137/2020)

Article 2 new paragraph 5a

Hungary supports the PRES proposal regarding recital 9 and 9a, but do not agree with initiating new paragraph 5a as in our view, the latter leads to blanket exemption, which would substantially hinder the effectiveness of the TCO Regulation. We prefer to keep these provisions only in the recitals.

Corresponding recital 10a regarding Article 2 paragraph 6

Hungary does not agree with keeping the following sentences: *“Accordingly, the mere possibility to create groups of users of a given service does not, in itself, mean that this Regulation does not apply. However, the Regulation does not apply to closed groups consisting of a finite number of pre-determined persons.”*

In line with our earlier position we prefer to avoid the exclusion of closed groups. In case of exclusion hosting providers could not be obliged to remove terrorist contents circulated within closed user groups. Terrorist propaganda contents are in many cases hidden behind a fully legal, innocuous looking public front page and they are available for download only after a registration. This would substantially hinder the effectiveness of the TCO Regulation. If there are proper tools available for the hosting providers for the identification terrorist contents within their infrastructure, it is not reasonable to limit the use of such tools only to the removal of contents available to the full public.

Article 2 paragraph 8

Hungary would prefer to keep Art 5, but in order to reach a compromise we can be flexible and can agree with the PRES paper in this regard. However, we could support the idea to emphasize the importance of the referral mechanism in the recitals.

Article 4 new paragraph 1a

We think that the 12-hour rule would hinder the effectiveness of the TCO regulation. However, in order to reach a compromise we can be flexible, but we need more clarification on “particular

urgency”. However we also suggest to add the following addition to the text:

1a. If the relevant competent authority has not previously issued a removal order to a hosting service provider it shall provide the hosting service provider with information on procedures and applicable deadlines at least 12 hours before issuing a removal order except in cases of particular urgency, including live transmissions of terrorist offences, and calling to participation of an ongoing violent action of terror.

Article 4 paragraph 8a and Article 4a paragraph 3

We think that the procedure outlined in the PRES proposal needs more clarity. We do not see clearly how would this procedure be managed in practice. However, if, in the meantime, the authority of establishment finds that the fundamental rights concern raised by the service provider is well-founded, it must already take this into account by the issuing authority and revoke or amend its decision. However, it is not clear what would be the deadline for the issuing authority to do so or whether it has a suspensive effect on enforcement.

Article 12 and 17

We welcome the PRES approach as the new proposal addresses the earlier concerns of Hungary regarding the designation of competent authorities. Therefore, we fully support the new direction of the text and agree with the PRES proposal in this regard.

Article 18

With regard to Article 18 (1), we cannot support the EP’s request for inserting “systematic and persistent” as this term would raise the limit of sanction compared to the original PGA text. According to our interpretation, in practice this could even mean that if e.g. terrorist content appears on the hosting provider’s site, even once, and the hosting provider does not remove or make it inaccessible in breach of its obligation under the removal order, this would not in fact have any legal consequences. This solution would clearly not be in line with the original objectives of the draft regulation.

Regarding Article 18 (4), based on the above mentioned explanation, we cannot accept inserting “persistent”.

Regarding the remaining part of the PRES proposal, no further objection has been raised.

The Netherlands would like to take this opportunity to submit a few written comments on the Presidency compromise proposals of 28 September last. We support many of the Presidency's proposals, in particular the changes to Articles 8 (transparency), 8a (transparency for competent authorities) and 18 (penalties). As such, we only have a few points to highlight.

<u>Presidency proposals</u>	<u>Position</u>
Art. 2 (5)(c) Line 95	While we welcome the current wording, which is more in line with Directive 2017/541/EC, the insertion of 'or otherwise supporting its criminal activities' appears to imply a significantly wider scope without offering guidance on the extent of that scope, e.g. the wording seems to include promoting the activities of a terrorist group. The new text should be further clarified or, if such a clarification cannot be given, reconsidered.
Art. 2 (5)(e) line 97	We have previously expressed concerns about the proposed catch-all provision. The wording does not exclude mere depiction of a terrorist offence falls within the scope of the regulation: the words 'constituting a threat' imply that all content which could lead to a terrorist offence being committed, is within scope. As much as NL empathizes with broadening the scope, if there is no element of inciting, advocating or promoting terrorist offences, the depiction of such an offense should not be within scope. A possible solution would be a recital which clarifies that material which constitutes a threat that a terrorist offence is committed, falls within the scope of this regulation. That would give room for a case-by-case analysis, while ensuring that such material should still meet the criteria of Article 2(5)(a-d) and is thus not a separate category on its own.
Art. 4, 4a and 4b Lines 110-132	We warmly welcome these proposals, in particular the strengthening of the consultation procedure through the proposed changes in Articles 4a (2)(3) and 4b (3). However, we feel that situations where a removal order impacts the fundamental interests of a MS (e.g. national security/criminal investigations) or where a removal order clearly violates the requirements of the TCO Regulation (f.e. where content is clearly not of terrorist nature) should also be reasons to consult the issuing MS or to (in exceptional cases) refuse to enforce a removal order. After all, the host MS is generally in a better position to evaluate the consequences of a removal order. This should be reflected in the proposed articles (additions in <i>italic</i>): Article 4a(2) In cases where the competent authority of the Member State in which the main establishment of the hosting service provider or its legal representative is located has reasonable grounds to believe that the removal order, may impact fundamental interests of that Member State, it shall inform the issuing competent authority. The issuing authority shall take these circumstances into account and shall, where necessary, withdraw or adapt the removal order. Article 4a(3) In cases where the competent authority of the Member State where the hosting service provider has its main establishment or its legal representative has reasonable grounds to believe that the removal order unduly limits the exercise of fundamental rights set out in the Charter of Fundamental Rights <i>or is clearly inconsistent with the requirements of this Regulation</i>, the issuing authority shall take these circumstances into account and <i>shall</i> withdraw or adapt the removal order. Article 4b(2) The competent authority of the Member State of main establishment/legal representative shall take the necessary measures to enforce the removal order without undue delay [according to national law], except in those cases, where it holds the view that the removal order manifestly violates one or more fundamental rights set out in the EU-Charter of Fundamental Rights, <i>evidently impacts fundamental interests of that Member State, or is clearly inconsistent with the requirements of this Regulation.</i>

