

N° 767

SÉNAT

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2015-2016

Enregistré à la Présidence du Sénat le 6 juillet 2016

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) relatif à l'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse à l'épreuve d'Internet,

Par MM. François PILLET et Thani MOHAMED SOILIH, I,

Sénateurs.

(1) Cette commission est composée de : M. Philippe Bas, *président* ; Mme Catherine Troendlé, MM. Jean-Pierre Sueur, François Pillet, Alain Richard, François-Noël Buffet, Alain Anziani, Yves Détraigne, Mme Éliane Assassi, M. Pierre-Yves Collombat, Mme Esther Benbassa, *vice-présidents* ; MM. André Reichardt, Michel Delebarre, Christophe-André Frassa, Thani Mohamed Soilihi, *secrétaires* ; MM. Christophe Béchu, Jacques Bigot, François Bonhomme, Luc Carvounas, Gérard Collomb, Mme Cécile Cukierman, M. Mathieu Darnaud, Mme Jacky Deromedi, M. Félix Desplan, Mme Catherine Di Folco, MM. Christian Favier, Pierre Frogier, Mme Jacqueline Gourault, M. François Grosdidier, Mme Sophie Joissains, MM. Philippe Kaltenbach, Jean-Yves Leconte, Roger Madec, Alain Marc, Didier Marie, Patrick Masclat, Jean Louis Masson, Mme Marie Mercier, MM. Michel Mercier, Jacques Mézard, Hugues Portelli, Bernard Saugey, Simon Sutour, Mmes Catherine Tasca, Lana Tetuanui, MM. René Vandierendonck, Alain Vasselle, Jean-Pierre Vial, François Zocchetto.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES 18 PROPOSITIONS DU RAPPORT D'INFORMATION	5
AVANT-PROPOS	7
I. L'APPLICATION DE LA LOI DE 1881 À INTERNET : UN DISPOSITIF JURIDIQUE DE PLUS EN PLUS INADAPTÉ	9
A. L'APPLICATION DE PRINCIPES DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881 SUR LA LIBERTÉ DE LA PRESSE À INTERNET	9
1. <i>La loi du 29 juillet 1881 : un texte fondateur à préserver</i>	9
a) L'affirmation de la liberté de la communication publique	9
b) Un équilibre délicat entre liberté d'expression et répression des abus.....	10
c) Des délits de presse en nombre limité, réprimant des agissements dommageables, publics et intentionnels	11
2. <i>En amont : un régime contentieux contraignant, protecteur de la liberté d'expression publique</i>	14
a) Le déséquilibre en faveur de la partie mise en cause pour abus de la liberté d'expression	14
(1) Une procédure caractérisée par la place circonscrite du juge au profit des parties.....	14
(2) Des formalités lourdes imposées à peine de nullité	17
(3) De nombreuses exceptions au droit commun de la procédure pénale	18
b) Des délais dérogatoires du droit commun.....	20
3. <i>En aval : la création d'un mécanisme de responsabilité permettant de mettre en cause le directeur de publication</i>	21
B. LA REMISE EN CAUSE DES ÉQUILIBRES DE LA LOI DE 1881 PAR LES SPÉCIFICITÉS D'INTERNET	23
1. <i>Un constat : la hausse du contentieux due aux délits de presse commis sur Internet</i>	23
a) L'effet démultiplicateur d'Internet, un phénomène à l'ampleur inédite	23
b) Un constat : la remise en cause de l'économie de certains délits de presse.....	25
c) Un contentieux sensible et massif pour un nombre limité de condamnations	26
2. <i>Une mise en cause limitée de la responsabilité des acteurs sur Internet</i>	27
a) Un régime de responsabilité adapté aux spécificités d'Internet de fait inopérant	27
b) La faible effectivité du régime de responsabilité des prestataires techniques	31
3. <i>La place centrale de la coopération internationale pour la répression des contenus abusifs publiés sur Internet</i>	34
a) L'existence de moyens juridiques pour faire retirer des contenus ou en obtenir le déréférencement	34
b) Un contentieux nécessitant une coopération internationale effective.....	35
4. <i>Un corpus incomplet de règles déontologiques pour l'expression publique, une situation aggravée dans le cas d'Internet</i>	37
C. UN CONTEXTE MARQUÉ PAR DES MODIFICATIONS PONCTUELLES DE LA LOI DE 1881	39
1. <i>Le transfert des délits de presse dans le droit pénal général en raison de la place circonscrite du juge dans le cadre de la loi de 1881</i>	39

2. <i>La nécessité d'une vision globale sur la loi de 1881 à l'aune d'Internet</i>	40
a) <i>Le risque pour la loi de 1881 d'une démarche ponctuelle de modification de son périmètre</i>	40
b) <i>La nécessaire interrogation du périmètre retenu actuellement par la loi de 1881</i>	42
II. MAINTENIR LE CADRE PROTECTEUR DE LA LOI DE 1881 EN L'ADAPTANT AUX CARACTÉRISTIQUES D'INTERNET DANS LE CADRE D'UNE RÉFORME D'ENSEMBLE	44
A. SIMPLIFIER ET RÉÉQUILIBRER LA PROCÉDURE EN FAVEUR DU JUGE	44
1. <i>Accorder au juge une plus grande maîtrise de l'instance</i>	45
2. <i>Spécialiser le contentieux du droit de la presse</i>	46
3. <i>Simplifier et actualiser l'écriture de la loi du 29 juillet 1881</i>	47
(1) <i>Simplifier la procédure</i>	47
(2) <i>Rapprocher la procédure en matière de presse de la procédure de droit commun</i>	48
(3) <i>Actualiser l'écriture de la loi du 29 juillet 1881</i>	48
4. <i>Adapter le régime de la prescription des délits de presse à la spécificité d'Internet</i>	49
a) <i>La question des délais de prescription</i>	49
b) <i>La détermination du point de départ du délai de prescription</i>	50
B. ACTUALISER ET PRÉCISER LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES DIFFÉRENTS ACTEURS	52
1. <i>Établir des règles de déontologie applicables aux journalistes professionnels</i>	52
2. <i>Actualiser et simplifier la LCEN pour permettre une meilleure mise en cause de la responsabilité des acteurs</i>	53
a) <i>Améliorer les mécanismes de la LCEN pour mettre en jeu la responsabilité des acteurs</i>	53
(1) <i>Redéfinir un régime de responsabilité applicable aux acteurs d'Internet</i>	53
(2) <i>Faciliter la mise en cause de la responsabilité des acteurs techniques d'Internet en cas de carence</i>	55
b) <i>Actualiser les dispositions de la LCEN</i>	57
C. MIEUX RÉPARER LES PRÉJUDICES COMMIS SUR INTERNET	58
1. <i>Améliorer et adapter à Internet le droit de réponse</i>	58
a) <i>Créer un droit de réponse adapté à Internet</i>	58
b) <i>Créer une peine complémentaire de publication de la réponse sur un site condamné</i>	59
2. <i>La pertinence des dispositions du droit des données personnelles, pour réparer les dommages à la réputation, en question</i>	60
3. <i>Permettre la réparation du préjudice sur le fondement de l'article 1382 du code civil</i>	63
EXAMEN EN COMMISSION	65
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES ET DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES	79
ANNEXE 1 - MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PÉNALE PAR UNE PLAINTÉ PRÉALABLE DE LA VICTIME	81
ANNEXE 2 - QUELQUES EXEMPLES DE DÉLAIS ENTRE LA COMMISSION DES FAITS ET LA DÉCISION DE JUSTICE	83
ANNEXE 3 - TABLEAU DES INFRACTIONS SANCTIONNÉES ET CONDAMNATIONS PRONONCÉES AU TITRE DE CERTAINES INFRACTIONS DE PRESSE	85

LES 18 PROPOSITIONS DU RAPPORT D'INFORMATION

Proposition n° 1 : Autoriser la juridiction saisie à requalifier les faits dont elle est saisie.

Proposition n° 2 : Supprimer le principe selon lequel le désistement du plaignant entraîne la fin des poursuites.

Proposition n° 3 : Spécialiser le contentieux en définissant un tribunal de grande instance par ressort de cour d'appel compétent pour l'instruction des délits de presse.

Proposition n° 4 : Déterminer un délai fixe entre la citation et le jugement.

Proposition n° 5 : Permettre la composition pénale et la composition sur reconnaissance préalable de culpabilité pour les délits de presse à l'exception des délits prévus aux articles 24 et 24 *bis*.

Proposition n° 6 : Harmoniser les *quantum* d'amendes des différentes infractions prévues par la loi de 1881.

Proposition n° 7 : Allonger le délai de prescription à un an pour les délits de diffamation, d'injures et de provocation à la discrimination, commis sur Internet.

Proposition n° 8 : Reporter le point de départ du délai de prescription au dernier jour de diffusion d'un message ou, à défaut, considérer l'amélioration de la publicité d'un message comme une mise à jour de ce dernier et reporter en conséquence le point de départ du délai de prescription à celle-ci.

Proposition n° 9 : Limiter aux seuls auteurs de contenus professionnels l'application du régime de responsabilité en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

Proposition n° 10 : Augmenter le *quantum* des peines encourues en cas de non-conservation des données d'identification des auteurs de contenus ainsi que les peines encourues en cas d'absence de réponse à une demande d'identification formulée par l'autorité judiciaire.

Proposition n° 11 : Prévoir explicitement dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) que ses dispositions s'appliquent à tout prestataire, même étranger, ayant une activité même secondaire en France ou y fournissant des services gratuits.

Proposition n° 12 : Supprimer le dispositif du 4 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) prévoyant la pénalisation des signalements abusifs de contenus illicites.

Proposition n° 13 : Simplifier le régime de notification d'un contenu litigieux par un tiers à un hébergeur prévu au 5 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

Proposition n° 14 : Préciser le statut des nouveaux acteurs d'Internet dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

Proposition n° 15 : Augmenter le délai dont dispose une personne pour demander un droit de réponse sur Internet.

Proposition n° 16 : Créer une peine complémentaire de diffusion de la décision condamnant un directeur de publication sur son support de communication en ligne.

Proposition n° 17 : Permettre l'application de l'ensemble des droits associés à la libre disposition des données personnelles prévues par la loi du 6 janvier 1978, et notamment le droit à l'oubli.

Proposition n° 18 : Permettre une réparation des préjudices nés des abus de la liberté d'expression sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun et exclure toute uniformisation des procédures d'assignation civiles sur les contraintes des dispositions répressives de la loi du 29 juillet 1881.

Mesdames, Messieurs,

Comme l'avait souligné le ministre Jules Cazot, dans sa circulaire du 9 novembre 1881 présentant la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse aux procureurs généraux, « la loi [de 1881] été définie d'un mot : c'est une loi de liberté, telle que la presse n'en a jamais eu en aucun temps »¹.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse a institué en effet un régime procédural original, caractérisé à la fois par des **courts délais de prescription** et par des **exigences élevées de formalisme** pour le faire, imposées à peine de nullité.

Outre l'objectif de favoriser la liberté d'expression, le choix d'enserrer les possibilités d'action judiciaire contre les délits de presse dans des délais restreints était justifié par le **caractère éphémère de la presse papier** et la rapide disparition du support de l'infraction.

En contrepartie, la loi du 29 juillet 1881 permet de mettre en cause **systématiquement** la responsabilité d'un acteur de la presse, selon un mécanisme désignant successivement le **directeur de publication** de l'organe de presse, c'est-à-dire celui qui a autorisé la publication, l'**éditeur**, l'**auteur**, l'**imprimeur** puis les **distributeurs** et les **vendeurs**.

Ce mécanisme de responsabilité « en cascade » permet aussi de ne pas faire peser la responsabilité principale des contenus publiés sur l'auteur, ce qui aurait eu un **effet d'autocensure** dommageable pour la liberté d'expression.

Texte symbolique et fondateur, la loi du 29 juillet 1881 a fait l'objet de très nombreuses modifications bien qu'aucun texte n'ait proposé de révision globale.

L'évolution des techniques de communication, avec l'apparition de l'**audiovisuel** et sa libéralisation dans les années 1980, puis le développement d'**Internet** au cours des années 2000 a nécessité plusieurs adaptations de la loi de 1881 à ces nouveaux médias.

¹ Circulaire adressée par M. le garde des sceaux, ministre de la justice, aux procureurs généraux près les cours d'appel, relative à l'application de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, p. 2.

Contrairement à l'adaptation de la loi de 1881 à la communication audiovisuelle, les spécificités techniques d'Internet ont posé davantage de difficultés et ont nécessité des adaptations plus importantes, effectuées en particulier par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite « LCEN ».

Près de dix ans après ce texte, force est de constater que l'équilibre entre liberté d'expression et répression des abus de cette liberté n'est pas assuré sur Internet.

En effet, le développement des supports de communication tels que les réseaux sociaux, a entraîné une **augmentation exponentielle des informations** diffusées, spontanément, de manière confidentielle et interactive, sans que le régime de responsabilité aux acteurs de l'Internet, tel qu'il résulte de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ne semble adapté à ces médias.

Ce déséquilibre de la procédure, **au détriment des victimes de délits de presse**, est susceptible de remettre en cause le principe même de cette liberté d'expression, comme le relevait en 2015 notre collègue Jacques Mézard : « *Acquis démocratique majeur, la liberté d'expression sert aujourd'hui de parapluie nucléaire à toutes sortes d'idées et de manipulations. (...) À l'ère du numérique, la rumeur, fama, est devenue infâme et gangrène nos valeurs et notre confiance en la puissance publique, en essaimant son poison de manière exponentielle.* »¹.

Le présent rapport entend présenter les raisons pour lesquelles le cadre juridique actuellement applicable à la liberté d'expression sur Internet, combinant la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique n'apparaît pas satisfaisant.

Il a aussi pour objet d'entreprendre une appréciation d'ensemble de la loi du 29 juillet 1881, trop souvent modifiée à la marge, au risque de lui avoir fait perdre une partie de sa cohérence, et de rechercher les pistes d'un nouvel équilibre.

Persuadés qu'il n'est ni nécessaire, ni opportun d'écrire un texte nouveau sur la liberté de la presse, vos rapporteurs ont souhaité s'inscrire dans son épure et formuler des propositions destinées à **rééquilibrer** et à **simplifier** le cadre juridique actuel. Il s'agit notamment de **réparer plus effectivement les abus de la liberté d'expression**, en prenant en considération les effets potentiellement beaucoup plus graves des abus commis sur Internet.

¹ Débat organisé au Sénat le 24 mars 2015 à l'initiative du groupe Rassemblement démocratique et social européen (RDSE) sur le thème « Internet et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ».

Le compte rendu du débat est consultable à l'adresse suivante :

<https://www.senat.fr/seances/s201503/s20150324/s20150324006.html>.

Ponctuellement, vos rapporteurs ne se sont donc pas interdits de proposer des pistes d'évolution ambitieuses du texte.

En effet, adapter ce texte aux enjeux actuels est aujourd'hui indispensable pour en assurer la pérennité.

*

* *

I. L'APPLICATION DE LA LOI DE 1881 À INTERNET : UN DISPOSITIF JURIDIQUE DE PLUS EN PLUS INADAPTÉ

A. L'APPLICATION DE PRINCIPLE DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881 SUR LA LIBERTÉ DE LA PRESSE À INTERNET

1. La loi du 29 juillet 1881 : un texte fondateur à préserver

a) L'affirmation de la liberté de la communication publique

Contrairement à ce que son titre pourrait suggérer, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse affirme le principe de **liberté de la communication publique** en général, qu'elle s'effectue par l'imprimerie ou la librairie¹ ou par la presse².

Tout en affirmant cette liberté, la loi du 29 juillet 1881 fixe également le cadre de la répression de ces abus, considérant que répression n'est pas restriction de la liberté d'expression.

Lors des débats autour de la rédaction de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme³, Mirabeau déclarait ainsi le 24 août 1789 : « *On vous laisse une écriture pour écrire une lettre calomnieuse, une presse pour un libelle, il faut que vous soyez punis quand le délit est consommé. Or ceci est répression et non restriction. C'est le délit que l'on punit, et l'on ne doit pas gêner la liberté des hommes sous prétexte qu'ils veulent commettre des délits.* »

La loi du 29 juillet 1881 **parachève le droit de la presse** en élaboration depuis la fin du XVIII^e siècle, notamment avec les lois du 27 mai et 26 mai 1819 qui définissaient déjà les grands principes de la poursuite des

¹ Article 1^{er} : *L'imprimerie et la librairie sont libres.*

² Article 5 : *Tout journal ou écrit périodique peut être publié sans déclaration ni autorisation préalable, ni dépôt de cautionnement.*

³ « *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* ».

infractions : plainte préalable de la victime, qualification des faits dans l'acte initial de poursuite, etc.

Elle supprime **les mécanismes tendant à permettre un contrôle a priori du pouvoir sur une publication**, en particulier l'autorisation préalable, la censure, le droit de timbre ou le cautionnement.

Elle fixe néanmoins un certain nombre d'obligations afin d'assurer, le cas échéant, la répression des délits de presse :

- l'indication du nom et du domicile de l'imprimeur sur tout écrit public (article 3) ;
- la désignation d'un directeur de publication (article 6) ;
- le dépôt auprès du ministre de la communication d'un nombre, fixé par arrêté, d'exemplaires de journaux ou d'écrits périodiques à diffusion nationale (article 10).

b) Un équilibre délicat entre liberté d'expression et répression des abus

L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 repose sur la conciliation de deux impératifs : la **liberté d'expression**, consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la nécessaire **répression des abus commis dans le cadre de cette expression**.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'apprécier à de nombreuses reprises la constitutionnalité de certaines dispositions de ce texte, par le biais de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité (QPC).

Il a constaté que ce texte réalisait une conciliation équilibrée entre plusieurs principes ayant la même valeur constitutionnelle : la **liberté d'expression et de communication** mais également le **droit à un recours effectif** et la « *protection des droits des personnes victimes d'actes fautifs* »¹.

¹ QPC 2010-2 11 juin 2010. Le Conseil constitutionnel rattache ce droit à l'article 4 de la DDHC : « 11. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; ».

Lors de son examen des lois modifiant la loi de 1881, en particulier des textes adoptés pour prendre en compte les caractéristiques techniques des nouveaux moyens de communication, le Conseil constitutionnel a veillé à maintenir les équilibres du texte, en rappelant que les atteintes à la liberté de communication doivent être « *nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »¹ et a censuré les dispositions instaurant des mécanismes trop dérogatoires entre les différents moyens de communication.

c) Des délits de presse en nombre limité, réprimant des agissements dommageables, publics et intentionnels

• ***Les délits de presse : des actes publics et intentionnels***

En premier lieu, les délits de presse définis par la loi du 29 juillet 1881 imposent une condition de **publicité**². Comme l'a relevé un commentateur de l'époque, « *c'est dans le fait de la publication et non dans le moyen que réside le délit* »³.

En outre, les délits de la loi de 1881 impliquent **l'intention** de leurs auteurs de porter à la connaissance du public les éléments concernés.

• ***Le choix initial d'un nombre de délits de presse limité***

La loi initiale du 29 juillet 1881 institue un nombre relativement **limité** d'infractions en matière de presse. Ce choix résulte bien d'une volonté de **protection** de la liberté de la presse : dans sa circulaire précitée, le ministre de la justice constate que ces délits sont inférieurs en nombre aux crimes et délits prévus par la loi de 1819⁴. Ce choix est aussi empirique.

Dans la loi initiale de 1881, il existe en effet **neuf crimes ou délits de presse principaux** :

- la provocation aux crimes ou délits suivis d'effet ;
- la provocation, non suivie d'effet, à un certain nombre de crimes graves, en particulier aux atteintes à l'autorité de l'État ;
- les cris ou chants séditieux ;
- la provocation aux militaires pour se détourner de leurs devoirs ;
- l'offense au Président de la République ;
- la publication de fausses nouvelles ayant troublé la paix publique ;

¹ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la création sur Internet*.

² Les mêmes faits, commis sans publicité, réprimés sur un fondement textuel du code pénal, répondent également aux contraintes procédurales de la loi du 29 juillet 1881. Par exemple, la diffamation non publique est punie de l'amende prévue pour la contravention de 1^{ère} classe (article R. 621-1 du code pénal), tout comme l'injure non publique (article R. 621-2 du code pénal). De même, l'outrage non public est prévu et réprimé par l'article 433-5 du code pénal d'une amende de 7 500 euros. Ces faits se prescrivent par trois mois.

³ De Briselainne (A), *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, Paris, 1881, p. 85.

⁴ *Circulaire du 9 novembre 1881*, p. 12.

- l'outrage aux bonnes mœurs ;
- la diffamation et l'injure ;
- l'offense et l'outrage envers les chefs d'État ou agents diplomatiques étrangers.

Un certain nombre de publications sont en outre **interdites** en tant que telles, en particulier pour assurer l'autorité et le bon déroulement de la justice : il est interdit de publier des actes d'accusation, de rendre compte des procès en diffamation ou d'ouvrir des souscriptions publiques pour indemniser des frais résultant de condamnations pénales.

Enfin, les institutions publiques comme les citoyens qui les représentent ou dont les fonctions peuvent être rattachées au service public bénéficient d'un régime spécifique de protection.

- ***Un périmètre des délits de presse fonction des évolutions de la société***

Malgré un certain nombre d'évolutions, le schéma initial a été globalement maintenu.

En particulier, la **diffamation** et l'**injure publiques** occupent toujours dans cet ensemble une place centrale. L'article 29 de la loi définit la **diffamation** comme « *l'allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* »¹ et l'**injure** comme une « *expression outrageante (...) qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* ». Ces deux délits sont punis d'une peine d'amende de 12 000 euros d'amende, sans peine d'emprisonnement, en application des articles 32 et 33 de la loi.

De même, a été conservé le délit de **provocation aux crimes ou aux délits** qui a pour conséquence de rendre **complice** la personne ayant appelé à sa commission, si le délit ou le crime s'est réalisé ou a fait l'objet d'une **tentative**². La **provocation aux crimes ou aux délits non suivie d'effet** fait également l'objet d'un délit de presse spécifique, puni de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, mais ne concerne que certains crimes et délits :

- les atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne ou les agressions sexuelles ou leur apologie ;
- les vols, extorsions et dégradations ;
- les crimes et les délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ;

¹ Le rapprochement non fortuit entre une personne et un fait déterminé est constitutif du délit de diffamation : le reproche n'a pas besoin d'être formellement exprimé : Cass. Crim., 23 juin 2015, n° 14-83599.

² Article 23.

- l'apologie des crimes de guerre des crimes contre l'humanité et des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi ;

- la provocation à la discrimination à la haine ou à la violence pour des motifs liés à l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou une religion déterminée, le sexe, l'orientation ou l'identité sexuelle ou le handicap.

Le périmètre des délits de presse a toutefois connu des évolutions corrélées à celle de la société, aussi bien pour ajouter des délits de presse que pour en transférer dans le code pénal ou en supprimer.

Ainsi, la protection spécifique des **personnes vulnérables** est apparue nécessaire et plusieurs délits de presse nouveaux ont été introduits, pour protéger en particulier les **mineurs** et les **victimes de certaines infractions pénales** contre des publications que le représentant légal ou la victime n'aurait pas expressément autorisées.

De même, la diffusion d'éléments permettant d'identifier un mineur ayant quitté ses parents ou l'institution à laquelle il était confié, un mineur délaissé, un mineur s'étant suicidé ou ayant été victime d'une infraction est un délit de presse sauf si l'information est faite à la demande des personnes ayant la garde du mineur ou des autorités administratives ou judiciaires¹. De même, la publication d'éléments permettant d'identifier une victime d'une agression sexuelle est un délit de presse sauf accord écrit de la victime². A été également érigé en délit de presse la publication d'éléments relatifs à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière³.

La **contestation de crime contre l'humanité** commis lors de la Seconde guerre mondiale a été érigée en délit de presse en tant que tel par l'article 24 *bis*, créé par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite loi « *Gayssot* ».

L'offense au chef de l'État ou aux **chefs d'État étrangers**, peu précise et considérée comme contraire à la liberté d'expression a progressivement été supprimée de la législation. Ainsi, le délit d'offense au chef de l'État a été supprimé par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. Ne subsiste que **la protection des agents diplomatiques étrangers contre les « outrages »**⁴.

De même, ont été assez rapidement retiré du champ des délits de presse **l'outrage aux bonnes mœurs** comme la **provocation aux militaires pour se détourner de leurs devoirs**, réprimés au sein du code pénal.

¹ Article 39 bis.

² Article 39 quinquies.

³ Article 39 quater.

⁴ Article 37.

2. En amont : un régime contentieux contraignant, protecteur de la liberté d'expression publique

a) *Le déséquilibre en faveur de la partie mise en cause pour abus de la liberté d'expression*

Comme le rappelait Jules Cazot, garde des sceaux, « loin d'imposer à la presse un régime pénal exceptionnel, on peut dire qu'elle [la loi de 1881] lui a fait, sous plusieurs rapports, une condition privilégiée. Elle déroge en sa faveur au droit commun en ce qui concerne la juridiction, la responsabilité pénale, la procédure, la saisie, la détention préventive, la récidive, les circonstances atténuantes, le cumul. »¹.

(1) Une procédure caractérisée par la place circonscrite du juge au profit des parties

- *La place centrale des parties, une originalité en droit pénal*

L'article 47 de la loi du 29 juillet 1881 pose en principe le fait que c'est le **ministère public qui dispose du monopole des poursuites**, la victime ne pouvant pas déclencher l'action publique.

Ce principe connaît **deux tempéraments majeurs** :

En premier lieu, l'article 48 prévoit une liste d'infractions pour lesquelles le ministère public ne peut poursuivre qu'à la suite d'une **plainte préalable de la victime** ou de **l'institution** qui a été visée à travers elle.

Le principe d'une plainte préalable pour déclencher le procès pénal est original mais il se justifie **pleinement** en matière de délits de presse : en effet, le principe de la loi de 1881 est de minimiser l'écho d'une publication illicite et dans certains cas, la poursuite par le ministère public, si elle peut se justifier pour des raisons de maintien général de l'ordre public, pourrait s'avérer défavorable à la victime elle-même, en accordant une publicité au délit et en renouvelant ainsi le dommage de la victime. C'est donc à elle de décider ou non de mettre en œuvre l'action publique, en opérant une balance entre les avantages et les inconvénients d'une action judiciaire.

Le mécanisme de la plainte préalable se justifie en particulier pour les tribunaux, les armées et les corps constitués ainsi que pour les administrations publiques afin d'éviter des poursuites jugées inopportunes ou pour éviter des actions individuelles des membres du corps ou de l'administration injuriée ou diffamée.

Un second tempérament au principe de monopole des poursuites par le parquet pour la répression des délits de presse est également prévu par l'article 48, puisqu'il prévoit que la victime d'un des délits précités peut également mettre en œuvre l'action publique, soit en déposant **plainte avec**

¹ Circulaire du 8 novembre 1881 précitée.

constitution de partie civile¹, sans avoir à déposer préalablement une plainte simple, soit par citation directe, c'est-à-dire en saisissant directement le tribunal.

L'article 48 prévoit deux cas supplémentaires dans lesquels la personne concernée peut mettre en œuvre l'action publique à son initiative² :

- pour mettre en cause la responsabilité d'un directeur de publication qui ne respecterait pas ses obligations relatives au **droit de réponse** en application de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 ;

- en cas de **publication de renseignements concernant l'identité d'une personne victime d'une agression sexuelle** sans accord écrit de la victime, en application de l'article 39 *quinquies* de la loi du 29 juillet 1881.

En conclusion, au regard de la liste établie par l'article 48, le principe d'un monopole des poursuites par le parquet pour les délits de presse posé par l'article 47 est en réalité **inversé : dans les faits, les victimes de la majorité des délits de presse peuvent mettre seules en mouvement l'action publique** ; en outre, pour ces délits, **le ministère public ne peut s'en saisir d'office sans l'accord ou la plainte préalable de la victime.**

• *Un « juge-arbitre » aux marges de manœuvre limitées et parfois instrumentalisé par les parties*

Outre cette subordination à une plainte préalable de la victime pour mettre en œuvre l'action publique, le juge dispose de **faibles marges de manœuvre** pour instruire l'affaire.

En premier lieu, le juge est **lié par la qualification** du réquisitoire introductif ou de la plainte avec constitution de partie civile, en application de l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881.

Dès lors, cette disposition a pour effet, d'une part, de **circonscrire son action aux seuls faits dont il est saisi et, d'autre part, de lui interdire de les requalifier** : ainsi, la Cour de cassation censure l'arrêt des juges du fond opérant une requalification des faits de la saisine initiale en considérant qu'« il n'appartient pas à la juridiction d'instruction d'apprécier le bien-fondé de la qualification retenue par l'acte initial de poursuite »³.

Autrement dit, comme le souligne Christophe Bigot, **le schéma applicable en droit de la presse est inversé par rapport au droit commun** : au lieu d'être saisi de faits qu'il qualifie ensuite, le juge d'instruction « est requis d'instruire sur un fait, dont la qualification est précisée de façon irrévocable dans le réquisitoire introductif »⁴.

¹ Rappelons que la plainte avec constitution de partie civile a pour effet de saisir directement un juge d'instruction et qu'elle lance à la fois une action pénale et une action civile.

² Dans ces deux cas, une plainte préalable de la victime n'est pas nécessaire pour que le ministère public déclenche les poursuites.

³ Cass. Crim., 3 décembre 2013, n° 12-84501.

⁴ Christophe Bigot, JCL n° 150 Presse et communication – introduction de l'instance, n° 110.

Le juge peut cependant requalifier les faits s'ils ne constituaient pas un délit de presse¹.

En second lieu, pour les délits de presse, l'article 49 de la loi de 1881 pose une règle inverse du droit commun : **le désistement de la victime entraîne l'arrêt des poursuites**. Là encore, la construction se justifie par l'intérêt de la partie, qui peut renoncer à une action qu'elle a intentée² mais une telle mesure peut entraîner une certaine **instrumentalisation** par la partie poursuivante.

• *Une place particulièrement importante des associations de victimes*

La loi de 1881 a été modifiée à plusieurs reprises, pour permettre aux **associations de victimes** de se porter partie civile dans les délits de presse, en particulier pour la poursuite des infractions de diffamation et d'injure racistes ou commises en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle³ ou du handicap⁴, de provocation à la discrimination ou d'appel à commettre un crime ou un délit aggravé par une de ces circonstances⁵, l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi et la contestation de crime contre l'humanité⁶, les diffamations et injures à l'égard des combattants et victimes de guerre ainsi qu'à l'égard des armées, étant entendu que dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire qu'une plainte préalable du chef de corps ou du ministre soit déposée⁷.

Des conditions de recevabilité sont toutefois posées : **l'association doit avoir une ancienneté de cinq ans** et ses **statuts** doivent prévoir la défense des catégories de personnes visées par l'infraction.

Enfin, en cas de mise en cause individuelle, l'association doit obtenir **l'accord préalable de la victime**.

Sous ces réserves, l'association dispose de l'ensemble des pouvoirs de la partie civile.

¹ Cass. Crim., 25 septembre 1991, n° 90-83140.

² « Il était, en effet, de toute justice, que celui qui a lancé la poursuite dans un intérêt essentiellement privé, restât toujours maître de la retirer ou de la maintenir » commentaire de l'article 60, p. 192.

³ Articles 48-4 et 48-5.

⁴ Article 48-6.

⁵ Article 48-1.

⁶ Article 48-2. Par une décision n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015 Association Communauté rwandaise de France [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité], les dispositions de l'article 48-2 ont été déclarées contraires à la Constitution, en ce que cet article exclut les associations qui se proposent de défendre les intérêts moraux et l'honneur des victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité autres que ceux commis durant la seconde guerre mondiale. En effet, l'article 48-2 réserve le bénéfice de ses dispositions aux seules associations dont l'objet est de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés. L'abrogation de cet article a été fixée au 1^{er} octobre 2016.

⁷ Article 48-3.

Cette situation engendre un contentieux très abondant et une certaine instrumentalisation des tribunaux dans certains cas. M. Christophe Bigot constate ainsi que « *ce mécanisme [la possibilité pour les associations de poursuivre certains délits de presse], assurément nécessaire dans une optique de protection des droits fondamentaux, a généré son lot d'effet pervers face auxquels les tribunaux se trouvent assez dépourvus.* »¹.

(2) Des formalités lourdes imposées à peine de nullité

La loi du 29 juillet 1881 institue une procédure *ad-hoc*, considéré comme faisant partie intégrante d'un équilibre favorable à la liberté d'expression.

Cette protection se traduit en effet par la **nullité** des procédures en cas de non-respect des exigences de forme et de fond posées.

Les exigences de forme posées par la loi de 1881 s'imposent aussi bien à la personne privée qu'au ministère public.

Ainsi, l'article 50 de la loi de 1881 précise le contenu du réquisitoire, imposant en particulier de **qualifier** le délit poursuivi, en **indiquant le texte visé**. De manière symétrique, l'article 53 impose à la partie qui dépose plainte les mêmes obligations de forme. Cet article impose au plaignant d'élire domicile dans la ville où siège le tribunal saisi, cette information devant être notifiée au ministère public comme au prévenu.

La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC portant sur l'article 50 en considérant que l'équilibre réalisé entre les droits des victimes et la liberté d'expression était assuré par cet article².

En revanche, saisie d'une QPC qui contestait la constitutionnalité des conditions de forme de la citation posée à l'article 53, la Cour de cassation l'a transmise au Conseil constitutionnel, qui a considéré que l'article 53 était conforme à la Constitution, en justifiant ce formalisme par la nécessité de permettre au défendeur de préparer utilement sa défense : « *le législateur a entendu que le défendeur soit mis à même de préparer utilement sa défense dès la réception de la citation et, notamment, puisse, s'il est poursuivi pour diffamation, exercer le droit, qui lui est reconnu par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, de formuler en défense une offre de preuve dans un délai de dix jours à compter de la citation* »³.

Ces exigences de forme ont été déclinées avec la même recherche de précision et de formalisme, aussi bien dans l'**audiovisuel** où le réquisitoire ou la plainte préalable doivent indiquer le « *support du média, le titre de l'émission, sa date, son heure, l'auteur des paroles et de reproduire les propos incriminés* » que sur **Internet** où le réquisitoire ou la plainte préalable doivent

¹ Christophe Bigot, JCL n° 150 Presse et communication – introduction de l'instance, n° 37.

² Cass. Crim. 19 février 2013 n° 12-84302.

³ QPC n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, Société Écocert France [Formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse].

indiquer le « nom de domaine du site diffusant les propos incriminés, en précisant l'URL, les propos poursuivis et leur emplacement sur le site »¹.

Il peut être observé qu'une régularisation de la saisine peut être effectuée, mais elle doit l'être dans les délais de la prescription – soit **trois mois** -, ce qui rend en pratique impossible de rectifier une erreur.

(3) De nombreuses exceptions au droit commun de la procédure pénale

La loi de 1881 se caractérise encore par diverses exceptions au régime procédural général.

- *L'exclusion de certaines formations de jugement*

Certaines originalités ont disparu : ainsi, jusqu'à l'ordonnance du 6 mai 1944, la juridiction compétente était la **cour d'assises**². Depuis cette date, le **tribunal correctionnel** est compétent pour les **délits**, le **tribunal de police** l'étant pour les **contraventions**.

Une exception demeure pour le délit de l'article 23 de la loi de 1881 réprimant **l'appel à commettre un crime** : en effet, en cas de commission d'un crime à la suite d'une provocation par voie de presse ou par un moyen de communication au public par voie électronique, la personne coupable de l'infraction est considérée comme **complice**, même en cas de simple **tentative**. Elle serait donc passible de la cour d'assises. Cette disposition semble cependant tombée en désuétude.

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a quant à elle **supprimé les peines d'emprisonnement** de la plupart des délits de la loi de 1881.

Toutefois, alors qu'en principe le tribunal correctionnel peut statuer à juge unique quand le délit n'est pas passible d'une peine d'emprisonnement, une exception demeure pour les délits de presse, en application de l'article 398-1 8° du code de procédure pénale qui **exclut explicitement les délits de presse de la procédure à juge unique**.

En outre, la **procédure de reconnaissance préalable de culpabilité** (CRPC) n'est pas applicable aux délits de presse, en vertu de l'article 495-16 du code de procédure pénale. Cette procédure est en effet exclue en cas de délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans ainsi que pour les délits de presse.

¹ Christophe Bigot, JCL n° 150 Presse et communication – introduction de l'instance, nos 78 et 79.

² Le choix de la cour d'assises était un choix protecteur des personnes pouvant être mises en cause dans le cadre d'un délit de presse, la cour d'assises étant considérée comme moins sévère, en raison de la présence d'un jury populaire.

De même, la **composition pénale**, qui permet au procureur de la République, en application de l'article 41-2 du code de procédure pénale de proposer à une personne ayant reconnu avoir commis un ou plusieurs délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans un certain nombre de mesures, telles qu'une **amende de composition** versée au Trésor public ou diverses interdictions de paraître, des obligations de suivi de stage *etc.*, n'est pas applicable aux délits de presse.

- *Des exceptions globalement favorables à la personne poursuivie*

Un certain nombre d'exceptions procédurales, favorables à la personne poursuivie sont également prévues.

La personne poursuivie pour un abus de liberté d'expression peut également invoquer un certain nombre de **moyens de défense**.

En premier lieu, en application de l'article 41 de la loi de 1881, il existe une **immunité** de principe pour les propos tenus au sein des **assemblées parlementaires**. Cette immunité est également applicable aux rapports et à tous les documents imprimés sur ordre des assemblées.

Cette règle est étendue aux propos tenus devant une **commission d'enquête** ainsi qu'aux écrits produits par la commission d'enquête, sauf à ce que ces propos soient relatifs à des sujets extérieurs à l'enquête.

Enfin, cette immunité s'applique dans le cadre des **débats judiciaires** mais les juges pourront apprécier le caractère injurieux, diffamatoire ou outrageant des propos et statuer sur la responsabilité des auteurs au regard des dispositions de la loi de 1881.

En matière **d'injure**, l'article 33 de la loi de 1881 permet à la personne mise en cause de prouver qu'elle n'a fait que répondre à une **provocation** de la victime, ce qui l'exonère de sa responsabilité.

En matière de **diffamation**, l'article 35 prévoit un mécanisme de défense originale, permettant à la personne poursuivie pour diffamation de **prouver la vérité des propos pour lesquels elle est poursuivie**, en particulier pour des faits relatifs aux fonctions occupées par la personne mise en cause.

Cette exception de vérité n'est cependant pas admise quand l'imputation concerne la **vie privée** de la personne mise en cause, à l'exception toutefois de l'imputation de faits de viols, d'agression sexuelle ou d'exhibition sexuelle, ainsi que pour des faits d'atteintes aux mineurs.

Les possibilités de prouver la vérité des faits imputés sont larges puisque la loi de 1881 permet au prévenu de présenter des éléments relevant du secret de l'enquête ou de l'instruction ou du secret professionnel, aux fins d'établir sa bonne foi, **sans qu'il puisse être poursuivi pour recel de violation de ce secret**.

Cette possibilité est toutefois enserrée dans un **cadre procédural strict**, défini par l'article 55 de la loi de 1881, imposant la présentation dans les **dix jours** suivant la signification de la citation des faits pour lesquels il est poursuivi et pour lesquels il entend prouver la vérité, de la copie des pièces et des noms, professions et domiciles de ses témoins.

Cette « exception de vérité » est assez rarement mise en œuvre¹.

b) Des délais dérogatoires du droit commun

• ***Des délais non sanctionnés imposés à la juridiction pour statuer complétés par des délais raccourcis pour saisir les juridictions***

L'article 54 de la loi de 1881 impose un délai variable entre la citation et la comparution qui doit être calculé : en effet, au délai fixe de vingt jours entre la citation et la comparution s'ajoute un délai d' « *un jour par cinq myriamètres de distance* » **entre le tribunal et le domicile du prévenu**.

Le **myriamètre** est une unité de distance créée en 1793, correspondant à 10 kilomètres.

De manière originale, l'article 57 de la loi du 29 juillet 1881 impose également au tribunal de police ou au tribunal correctionnel un **délai d'un mois pour rendre son jugement**, à compter de la première audience. Toutefois, **ce délai n'est assorti d'aucune sanction**.

Le droit d'appel est pour sa part régi par le droit commun.

Les règles pour se pourvoir en cassation sont quant à elles assez proches du droit commun – sous les réserves exprimées *supra* relatives à la mise en état et à la présence d'un avocat à la cour de cassation –, à l'exception des **délais** qui présentent là encore une dérogation par rapport au droit commun : le pourvoi doit en effet être formé dans les **trois jours** suivant la décision du tribunal ou de la cour d'appel ; un délai de **vingt-quatre heures** est imposé au greffe de la cour d'appel pour envoyer les pièces à la Cour de cassation qui juge « *d'urgence* » l'affaire dans les **dix jours** suivants.

• ***Un régime de prescription dérogatoire du droit commun***

Le délai de prescription est probablement l'élément le plus caractéristique de la loi de 1881.

La loi de 1881 a unifié ces délais à **trois mois**, à compter de la première publication ou à compter du dernier acte d'instruction ou de poursuite, ce qui suppose donc que le parquet effectue tous les trois mois un acte pour interrompre cette prescription. Toutefois, seuls certains actes de poursuite et d'instruction sont interruptifs de la prescription.

¹ Pour un exemple toutefois : TGI de Paris, 17^{ème} chambre, 12 avril 2016, Le Pen/Montebourg.

La prescription commence à courir à **compter de la commission de l'infraction**, soit à compter de la diffusion et de la mise à disposition du public du document litigieux sur le territoire national.

Face à la forte augmentation de contenus haineux sur Internet en particulier racistes, le législateur a souhaité allonger le délai de prescription pour ces actes. Ainsi, l'article 65-3 de la loi de 1881, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite « Perben II » a étendu de trois mois à **un an** le délai de prescription relatif, d'une part, aux provocations à la discrimination, d'autre part, aux diffamations et injures lorsqu'elles ont été prononcées en raison de l'origine ou de la religion, quel que soit le support.

Cette modification entraînait cependant une différence de traitement entre les infractions de la loi du 29 juillet 1881. Bien qu'elle ne soit pas injustifiée comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, la loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap, a modifié l'article 65-3 afin d'étendre à **tous les délits de provocation à la discrimination, d'injure et de diffamation aggravés** un délai de prescription d'**un an**.

Enfin, la loi de 1881 prévoit un mécanisme original, en cas de diffamation d'une personne sur un fait pouvant être pénalement qualifié : en effet, le délai de prescription de trois mois est à nouveau ouvert pour cette durée, à compter du jour de la décision définitive mettant hors de cause la personne visée par la diffamation¹.

3. En aval : la création d'un mécanisme de responsabilité permettant de mettre en cause le directeur de publication

L'équilibre initial de la loi de 1881, qui perdure aujourd'hui, repose sur un mécanisme de mise en cause de la responsabilité pénale ou civile des acteurs de la presse plus facile à mettre en œuvre qu'en droit commun de la responsabilité.

La loi de 1881 instaure ensuite un régime de responsabilité, dit « *en cascade* », ayant pour objet **d'identifier systématiquement un responsable**, comme le souligne un commentateur d'époque de la loi de 1881 : « *Grâce à ces dispositions, il n'y aura guère de délit qui puisse échapper à la répression (...)* »².

¹ Article 65-2.

² De Briselainne (A), *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Paris, 1881, p. 167.*

Cette mise en cause systématique a été pensée comme devant compenser le régime libéral accordé à la presse.

Toutefois, seule la responsabilité de certains acteurs peut être recherchée et selon un ordre défini en application de l'article 42 de la loi de 1881 :

- le premier responsable est le **directeur de publication**, l'éditeur ou le co-directeur, en ce qu'il a **autorisé la publication en cause** ;

- si sa responsabilité ne peut être recherchée, ce qui sera en pratique rare, la responsabilité de **l'auteur** de l'écrit sera recherchée ;

- à défaut, la responsabilité de **l'imprimeur** puis des **distributeurs** ou **vendeurs** sera recherchée.

Ce mécanisme est original, car en application de la responsabilité pénale de droit commun, **l'imprimeur**, en ce qu'il crée matériellement l'objet du délit, aurait dû être poursuivi, tout comme **l'auteur**. Or, une telle solution aurait eu un effet très restrictif pour la liberté d'expression, conduisant les imprimeurs et les auteurs à opérer une autocensure.

La responsabilité du directeur de publication est mise en cause en raison de sa qualité, et il lui est quasiment impossible de se soustraire à cette responsabilité.

En conséquence, la désignation d'un directeur de publication, imposée par la loi de 1881, est un élément **essentiel** de l'équilibre de la loi de 1881. Aussi, l'article 6 impose que toute publication de presse ait un **directeur de la publication**, en prévoyant l'obligation de désigner un co-directeur si le directeur jouit d'une immunité parlementaire. Par ailleurs, ce même article impose que le directeur soit **majeur** et qu'il **jouisse de ses droits civiques**.

L'article 11 de la loi de 1881 impose enfin une obligation de **publicité** : le nom du directeur de publication doit être imprimé au bas de tous les exemplaires diffusés.

L'auteur du propos en cause peut être poursuivi comme **complice** du directeur de publication en application de l'article 43 de la loi de 1881. L'auteur peut invoquer sa **bonne foi** ou la **vérité des faits**, qui, si elle est reconnue, exonèrera le directeur de publication, étant entendu que ce dernier ne peut invoquer de son initiative ces motifs au bénéfice de l'auteur qu'il a publié.

En application de l'adage général selon lequel, lorsqu'elles existent, les lois spéciales s'appliquent à défaut des lois générales, la Cour de cassation a naturellement soumis le régime de **réparation civile à la loi de 1881** et a **exclu l'application du régime de responsabilité civile fondé sur l'article 1382 du code civil**¹.

Enfin, **la responsabilité des personnes morales est exclue du champ de la loi de 1881**, par son article 43-1 : en effet, cette mise en cause aurait eu pour effet de perturber la mise en œuvre du mécanisme de responsabilité en cascade.

B. LA REMISE EN CAUSE DES ÉQUILIBRES DE LA LOI DE 1881 PAR LES SPÉCIFICITÉS D'INTERNET

1. Un constat : la hausse du contentieux due aux délits de presse commis sur Internet

a) L'effet démultiplicateur d'Internet, un phénomène à l'ampleur inédite

Notre ancien collègue Robert Badinter avait souligné lors des débats en seconde lecture relatifs à la loi « *Perben II* » l'ampleur des modifications techniques induites par Internet et ses effets sur la loi de la presse : « *La technique a fondamentalement modifié les données du problème. (...) Nous ne sommes plus au temps de la presse imprimée ! Nous sommes tous ici des défenseurs de la liberté de la presse et j'ai, pour ma part, beaucoup plaidé pour elle au cours de ma vie. Mais nous sommes là devant un outil qui est sans commune mesure avec la presse écrite que nous avons connue, et qui était en fait celle de 1881. L'internet pose des problèmes considérables et il faut prendre des dispositions adaptées.* »².

L'allongement du délai de prescription de certaines infractions en matière de presse par la loi « *Perben II* » en 2004 avait déjà été justifié par les difficultés causées par l'essor d'Internet comme l'avait relevé notre collègue François Zocchetto, rapporteur, qui avait ainsi relevé que « *Cette modification s'avère indispensable du fait de l'évolution technologique et du développement d'Internet, qui entraîne une augmentation exponentielle des informations diffusées. Or, du fait des spécificités du réseau Internet (consultation continue après la première mise en ligne, publication spontanée de messages par des journalistes auto-proclamés, caractère plus ou moins confidentiel de certains sites notamment), il est*

¹ Civ. 2^{ème}, 20 avril 1983, n° 82-11705, confirmé par Cass., AP, 12 juillet 2000 n° 98-11155 ou Cass., AP, 15 février 2013, n° 11-14637 ;

Toutefois, si le propriétaire de l'organe de presse ne peut être pénalement mis en cause, l'article 44 de la loi de 1881 permet toutefois de rechercher sa responsabilité civile, sur le fondement des articles 1382 et suivants du code civil, en tant que commettant, du fait des actes de son préposé. Cette mise en cause de la responsabilité du propriétaire est cependant subordonnée à la mise en cause préalable ou concomitante d'une des personnes présumée responsables en application des articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881, comme l'a rappelé la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2015, n° 14-17.910).

² Sénat, séance du 20 janvier 2004.

extrêmement difficile de repérer tous les messages à caractère raciste ou xénophobe dans le délai de trois mois prévu. »¹.

Près de douze ans après, c'est un constat qui est d'autant plus d'actualité : les contenus diffusés sur Internet ont une audience très largement supérieure à n'importe quel autre moyen de communication, comme le montre les quelques chiffres ci-dessous.

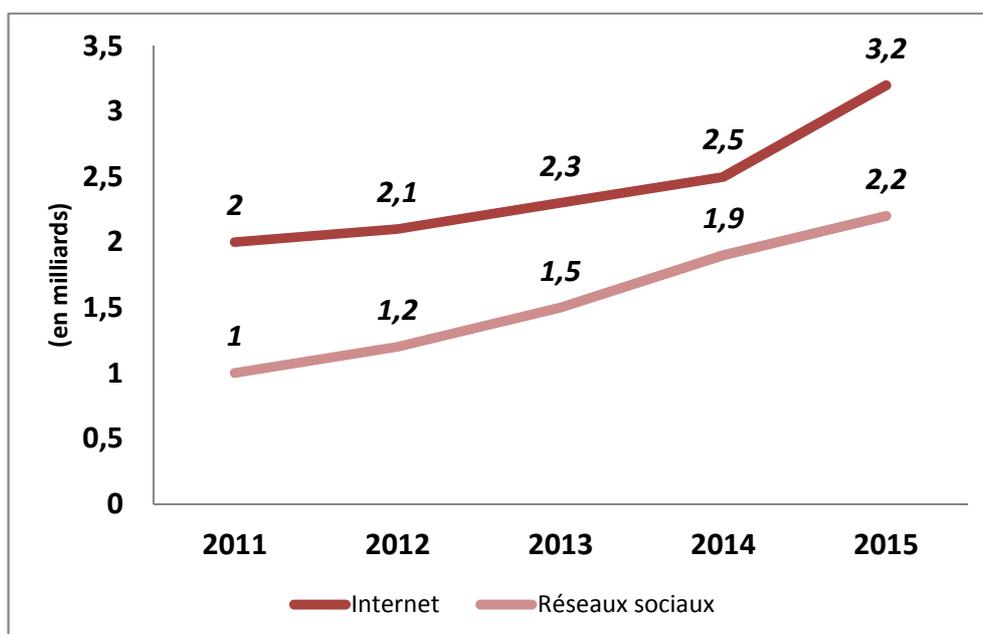
En 2015, chaque minute :

- 4 millions de recherches sont effectuées sur Google ;
- 2,46 millions de contenus sont échangés sur Facebook ;
- 277 000 tweets sont envoyés ;
- 347 200 photos sont partagées sur WhatsApp ;
- 216 000 photos sont partagées sur Instagram ;
- 72 heures de vidéo sont téléchargées sur YouTube.

Source : Novius

De même, l'évolution du nombre d'utilisateurs d'Internet dans le monde montre qu'Internet est un mode de communication dont la diffusion est sans commune mesure avec les médias qui l'ont précédé.

Évolution du nombre d'utilisateurs d'Internet et de réseaux sociaux dans le monde depuis 2011

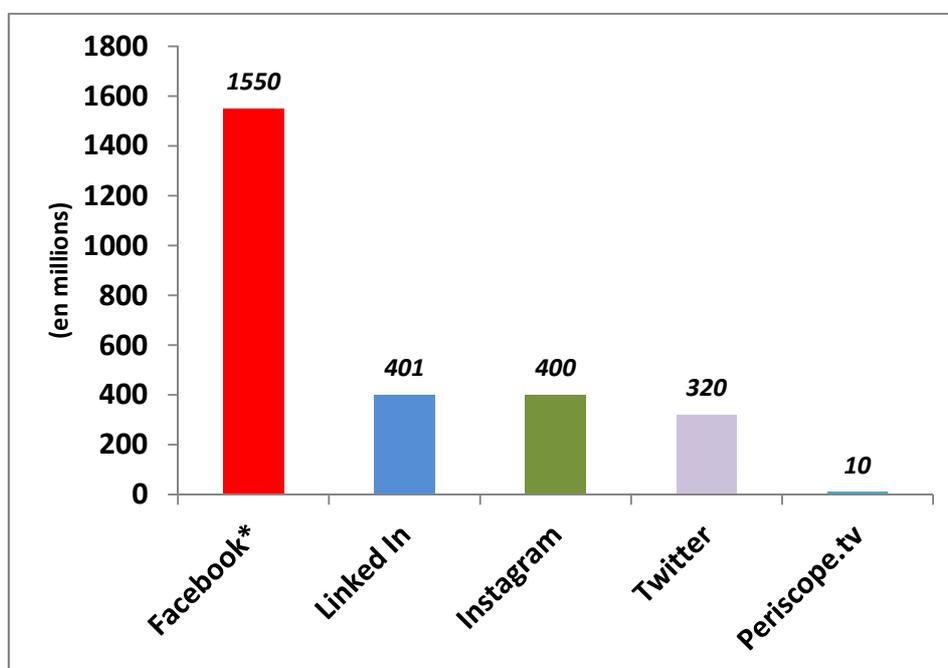


Source : Novius

¹ Rapport n° 441 (2002-2003) de M. François Zochetto, fait au nom de la commission des lois, p. 265-266.

En particulier, l'augmentation du nombre d'utilisateurs des réseaux sociaux a été spectaculaire.

Utilisateurs de réseaux sociaux dans le Monde en 2015, en millions



(*dont 32 millions en France)

Source : Novius

b) Un constat : la remise en cause de l'économie de certains délits de presse

Internet a eu également pour effet de modifier les équilibres actuels en matière de délits de presse, en réactualisant parfois paradoxalement des infractions tombées en désuétude ou au contraire en remettant en cause l'application de dispositions qui ne posaient jusqu'ici aucune difficulté.

Ainsi, les délits de presse sanctionnant la publication ou l'enregistrement d'images ou de paroles dans le cadre des audiences des juridictions administratives ou judiciaires¹ ont été remis en cause par l'apparition des **réseaux sociaux** et en particulier de *Twitter*, permettant de rendre compte en temps réel d'un procès. Cette pratique, initiée en 2009 lors du procès *Clearstream* a conduit à des pratiques variées, allant de l'autorisation à l'interdiction par le chef de juridiction.

Symétriquement, des dispositions parfois tombées en désuétude ont fait l'objet d'une actualité nouvelle avec Internet, à l'instar de l'interdiction prévue à l'article 40 de la loi de 1881 de faire appel à une **souscription publique pour acquitter les frais d'une condamnation pénale**. En raison de l'effet de publicité et d'appel massif permis par Internet conjugué à l'anonymat du souscripteur, cette pratique a connu un renouveau avec

¹ Articles 38 ter.

Internet. Ce phénomène étant très présent dans les transports et concernant des **transactions pénales** non couvertes par la rédaction de l'article 40, la loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 *relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs* l'a en conséquence modifié.

De même, les **provocations à la discrimination ou les injures racistes** ont fait l'objet d'une démultiplication par l'effet d'Internet, en permettant la circulation très rapide de contenus illicites, en particulier par le biais de réseaux sociaux.

Enfin, nombre de **délits d'apologie d'acte de terrorisme** ont été commis sur Internet. Les effets de cette délinquance ont d'ailleurs encouragé le législateur à déplacer cette infraction dans le code pénal.

c) Un contentieux sensible et massif pour un nombre limité de condamnations

Lors de son audition, Mme Siredey-Garnier a souligné que le contentieux du droit de la presse avait **massivement augmenté** ces dernières années, en raison des effets démultiplicateurs d'Internet.

Pourtant, les moyens de la 17^{ème} chambre du TGI de Paris, qui traite une large part du contentieux de la presse en France restent modestes, puisqu'ils se composent actuellement de **six magistrats**, étant d'ailleurs observé qu'en septembre prochain, un des postes de magistrats sera supprimé.

Cette augmentation massive du contentieux se traduit par des **délais d'audiencement très longs**, qui sont actuellement de l'ordre **d'une année**. Par ailleurs, les audiences sont elles-mêmes assez longues, ne permettant pas de traiter plus de quelques affaires. En conséquence, il s'écoule parfois des délais très longs entre la date de commission des faits et la date des décisions définitives, comme le retrace le tableau ci-dessous.

Ces délais très longs remettent dès lors en cause la philosophie de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, fondée sur **des délais très courts de prescription afin de ne pas faire perdurer l'acte illicite**.

Par ailleurs, si les magistrats constatent l'augmentation massive du contentieux en matière de presse, cela **ne se caractérise pas par une évolution significative des condamnations pénales**, comme l'illustre le tableau présenté en annexe¹.

Plusieurs éléments peuvent expliquer ce faible taux de condamnation, en particulier les irrecevabilités procédurales liées à la durée de prescription et aux exigences formelles. Cette situation est naturellement aggravée par l'impossibilité de requalifier les faits par le juge ainsi que par l'arrêt des poursuites en cas de désistement de la partie.

¹ Voir tableau en annexe, page 85.

Il n'en demeure pas moins que l'évolution significative des atteintes commises sur Internet ne se traduit pas par une répression en proportion.

2. Une mise en cause limitée de la responsabilité des acteurs sur Internet

a) Un régime de responsabilité adapté aux spécificités d'Internet de fait inopérant

L'anonymat des contributeurs non-professionnels ainsi que le rôle des intermédiaires techniques sur Internet a nécessité de créer un mécanisme spécial de mise en cause de la responsabilité de ces acteurs.

Le régime propre à Internet s'est inspiré du régime propre à la communication audiovisuelle qui identifie un auteur de contenus, puis un producteur sans que leur responsabilité puisse être recherchée en cas de diffusion sans contrôle préalable, par exemple en direct.

• *La création d'un système de responsabilité en cascade adapté à Internet*

La loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 *modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle* a créé deux articles **93-2 et 93-3** nouveaux au sein de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle afin d'instaurer un mécanisme de responsabilité en cascade adapté à **l'audiovisuel**. Ce mécanisme a été modifié par la LCEN, pour l'étendre à **Internet**¹.

En premier lieu, l'article **93-2** transpose en matière de communication au public par voie électronique l'article 6 de la loi de 1881 en imposant aux services de communication au public par voie électronique de disposer d'un **directeur de la publication**, ou à défaut d'un co-directeur, si le directeur bénéficie d'une immunité pénale. Les conditions pour être directeur de publication sont les mêmes que pour la presse écrite : en particulier, il doit être **majeur et jouir de ses droits civiques**.

Dans un certain nombre de cas, le directeur de publication est défini par la loi. Ainsi, si le service de communication au public en ligne est fourni par une personne morale, c'est le président du directoire ou du conseil d'administration, le gérant ou le représentant légal, en fonction de la forme de la société.

¹ L'expression : « communication au public par voie électronique » désormais utilisée par l'article 93-2 recouvre en effet à la fois la communication audiovisuelle (radio et télévision) et la communication au public en ligne (Internet).

L'article **93-3** institue, quant à lui, un régime de responsabilité « *en cascade* », équivalent au schéma de l'article 42 de la loi de 1881, mais adapté à la communication audiovisuelle et à Internet.

En application de cet article, le **directeur de publication** est poursuivi en premier, la responsabilité de **l'auteur** sera recherchée à défaut, puis sera recherchée celle du **producteur**. Le même article prévoit qu'en cas de poursuite du directeur ou du co-directeur, **l'auteur** sera poursuivi comme **complice**.

Toutefois, à la différence du régime applicable à la presse écrite, la responsabilité du directeur de publication est **atténuée**, puisqu'il ne peut être poursuivi que pour **des messages ayant fait l'objet d'une « fixation préalable »**, c'est-à-dire d'un enregistrement physique préalable, ce qui exclut donc les messages diffusés en direct. Dans ce cas, la responsabilité de **l'auteur** ou du **producteur** doit être recherchée.

Ce principe d'irresponsabilité du directeur de publication pour les propos tenus en direct connaît cependant un tempérament : dans le cas des forums sur Internet, caractérisés par la mise en ligne en direct de propos, le directeur de publication peut être exonéré de sa responsabilité s'il n'avait pas eu une connaissance **préalable** du message ou s'il a agi **promptement** pour le faire retirer.

Le système de responsabilité en cascade se combine avec une distinction opérée entre **auteurs professionnels** et **auteurs non professionnels de contenus**.

• *Les obligations d'identification distinctes des auteurs professionnels et des auteurs non professionnels de contenus*

La LCEN distingue les éditeurs **professionnels**¹ de contenus des éditeurs **non-professionnels**² de contenus- ce qui est une originalité propre à Internet par rapport aux autres modes de communication.

Pour les professionnels, la LCEN impose des obligations d'identification en ligne précises, prévues par son article 6-III-1 :

- les **personnes physiques** doivent ainsi fournir leurs noms, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, le cas échéant, le numéro de leur inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers.

- les **personnes morales** doivent fournir leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, le cas échéant, le numéro de leur inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que leur capital social et l'adresse de leur siège social.

¹ Article 6-III-1 de la LCEN.

² Article 6-III-2 de la LCEN.

En outre, les éditeurs professionnels doivent fournir le nom de leur directeur de publication ou du co-directeur de publication ainsi que le nom la dénomination ou la raison sociale, l'adresse et le numéro de téléphone de leur hébergeur.

Le législateur impose seulement aux **non-professionnels** de faire figurer **le nom et la dénomination ou la raison sociale et l'adresse de leur hébergeur**, sous réserve d'avoir communiqué à celui-ci ses informations personnelles (nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone), afin de préserver leur **anonymat**.

Théoriquement, le régime de responsabilité en cascade s'applique sur Internet, même si le directeur de publication se confond souvent avec l'auteur non professionnel de contenus.

- *Une responsabilité en cascade de fait inopérante sur Internet*

Si ce mécanisme de responsabilité en cascade a démontré son efficacité dans la presse écrite, il présente **d'importantes difficultés de mise en œuvre quand les contenus relevant de délits de presse sont émis par des auteurs de contenus non professionnels**, le plus souvent **anonymes**.

Lors de son audition par vos rapporteurs, Mme Siredey-Garnier, vice-présidente de la 17^{ème} chambre du tribunal de grande instance de Paris, en charge des délits de presse, a effectivement souligné la part **prépondérante** du contentieux résultant de contenus d'auteurs non professionnels sur Internet¹.

Les blogs, les forums de discussion mais surtout les réseaux sociaux sont devenus aujourd'hui des médias incontournables sur Internet, certains disposant d'une audience très importante. Ils se caractérisent aussi par leur interactivité, permettant la mise en ligne en direct de propos.

Internet présente la spécificité de permettre à tout à **chacun d'éditer des contenus en ligne**, sans que cela ne requiert investissements financiers importants ou de connaissances techniques particulières.

Rappelons qu'en application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1881, le régime de responsabilité sur Internet prévoit une mise en cause du **directeur de publication**, suivie de **l'auteur** puis du **producteur** et que la désignation d'un directeur de publication est en principe obligatoire, pour des contenus publiés par des professionnels comme par des non-professionnels.

¹ Outre les réseaux sociaux, les auteurs non-professionnels utilisent principalement les blogs et les forums. Les forums sont des espaces de discussion en ligne, permettant à des internautes d'échanger sur un sujet donné. Le blog se présente quant à lui sous la forme d'un site internet personnel, présentant des contenus dans un ordre chronologique et permettant aux autres internautes d'intervenir.

Sur des sites personnels, le directeur de publication, qui est fréquemment confondu avec l'auteur des propos, est le plus souvent **impossible à identifier**.

Une situation courante sur Internet : les mineurs auteurs de contenus

Par ailleurs, ce mécanisme ne prend pas en compte une caractéristique d'Internet, liée à la part importante de mineurs auteurs de contenus sur Internet, ce qui est une hypothèse rare pour la communication papier ou audiovisuelle : si l'auteur de contenus illicites est un mineur, il ne peut pas être directeur de publication.

Il faut par ailleurs combiner la règle attribuant la compétence des délits de presse au tribunal correctionnel en application de l'article 45 de la loi de 1881 avec l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1945 *relative à l'enfance délinquante* prévoyant la compétence des tribunaux pour enfants.

À défaut de mise en cause du directeur de publication ou de l'auteur, ne peut être mise en cause que la responsabilité du **producteur**.

Si la notion de « *producteur* » est particulièrement adaptée à l'audiovisuel, elle est difficile à transposer sur Internet. La Cour de cassation l'a défini comme « *celui qui a pris l'initiative de créer un service de communication au public par voie électronique en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance* »¹.

Appelé à apprécier la conformité de l'article 93-3 en ce qu'il mettait en cause la responsabilité des producteurs², le Conseil constitutionnel a constaté que le producteur ne pouvait s'exonérer que très difficilement de sa responsabilité en raison de la mise en cause plus restrictive du directeur de publication, d'une part, et de l'impossibilité matérielle d'identifier l'auteur du contenu, d'autre part³.

En outre, le Conseil constitutionnel a considéré que la mise en cause subsidiaire des responsables en application du régime de responsabilité en cascade de la loi de 1881 « *n'est admissible que parce que vient en première ligne une responsabilité de plein droit du directeur de la publication aisément identifiable* ». En effet, le directeur de publication ne s'exonère qu'exceptionnellement de sa responsabilité en matière de presse écrite.

¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 février 2010, n° 09-81064.

² Décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011 M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne].

³ « La possibilité de s'exonérer [pour le producteur] est bien plus délicate [que dans le mécanisme applicable à la presse écrite] : la mise en cause du directeur de publication est plus restrictive que celle des responsables subsidiaires et la mise en cause de l'auteur est aléatoire compte tenu de la possibilité d'un anonymat des messages postés sur Internet. » Commentaire, p. 10.

Le Conseil constitutionnel a par conséquent formulé une réserve d'interprétation **limitant la responsabilité du producteur au seul cas où il aurait eu connaissance du contenu avant la mise en ligne.**

En conséquence, le régime de responsabilité en cascade appliqué à Internet pose une difficulté majeure : de fait, **il ne permet pas aux victimes d'abus de la liberté d'expression d'identifier un intervenant dont il pourra mettre en cause la responsabilité comme en matière de presse écrite.**

Par ailleurs, le fait que les différents acteurs occupent diverses fonctions, le producteur pouvant être directeur de la publication, l'auteur étant quasiment systématiquement directeur de la publication, par exemple, ne permet pas de distinguer clairement les responsabilités.

Dès lors, **l'équilibre** entre une **procédure formaliste et compliquée**, enserrée dans des délais limités de la loi sur la presse et la **possibilité d'identifier systématiquement un responsable du dommage n'existe pas sur Internet.**

Le mécanisme de responsabilité en cascade posé par l'article 93-3 est donc clairement **déficient** et inadapté aux réalités d'Internet, comme l'a notamment relevé le Conseil national des barreaux dans sa contribution écrite.

b) La faible effectivité du régime de responsabilité des prestataires techniques

• *La mise en place d'un régime de responsabilité limitée des prestataires techniques*

Dans le cas d'Internet, il existe une autre originalité : **l'attribution à des intermédiaires techniques d'une responsabilité limitée pour certains contenus publiés** - sur le fondement du droit commun et non de la loi de 1881 - même si le principe est celui d'une **absence d'obligation générale de contrôle ou de surveillance des informations transmises et stockées.**

Les **fournisseurs d'accès à Internet (FAI)** sont définis par l'article 6-I-1 de la LCEN comme « *les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* ».

Les **hébergeurs** sont définis par l'article 6-I-2 de la LCEN comme « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* ».

Ce sont donc des **intermédiaires techniques**, qui n'interviennent pas sur le fond des contenus publiés en ligne. Toutefois, au regard, d'une part, de la masse de contenus publiés sur Internet et, d'autre part, du caractère odieux de certains d'entre eux, il est apparu nécessaire de prévoir un mécanisme de responsabilité de ces acteurs.

La responsabilité civile ou pénale de l'hébergeur ou du fournisseur d'accès à Internet ne peut être engagée que de manière **restrictive**, dans l'hypothèse où il a **effectivement eu connaissance de l'information illicite** diffusée et qu'il **n'a pas agi promptement** pour la retirer ou la rendre inaccessible¹.

Dans le cas où il a été informé de ce contenu, par un signalement répondant à un certain nombre de règles formelles², l'intermédiaire est alors **présumé** avoir eu connaissance de cette information et sa responsabilité peut être alors engagée³.

La recherche de la responsabilité des acteurs s'effectue en dehors du cadre de la loi de 1881, ce qui replace *a priori* les victimes d'abus dans une situation moins difficile, en raison d'un formalisme moindre, mais les exigences particulières de la LCEN pour les mettre en cause sont particulièrement fortes.

Dans sa décision du 10 juin 2004 précitée *relative à la LCEN*, le Conseil constitutionnel a formulé une **réserve** pour préciser que l'information dénoncée devait avoir un caractère « *manifestement illicite* ».

Les juridictions ont eu tendance à retenir comme manifestement illicites les contenus odieux visés à l'article 6-I-7 de la LCEN.

Les contenus « manifestement illicites » au sens de l'article 6-I-7 de la LCEN

L'article 6-I-7 de la LCEN définit une obligation particulière de vigilance des prestataires techniques pour les motifs suivants :

- **l'apologie des crimes contre l'humanité** (article 24 alinéa 5) ;
- **l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap** (article 24 alinéas 6 et 7) ;
- la **provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie** (art. 421-2-5 du code pénal) ;
- les **atteintes à la dignité humaine** : traite des êtres humains (art. 225-4-1 du code pénal), proxénétisme (art. 225-5 et 225-6 du code pénal) mise en péril des mineurs par la diffusion de messages à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger (art. 227-24 du code pénal) ;
- la **pédopornographie** (article 227-23 du code pénal).

¹ Articles 6-I-2 et 6-I-3 de la LCEN.

² En effet, la présomption ne joue que si le signalement qui lui a été fait répond à des formes très précises, en particulier en mentionnant la date de la notification, l'identité du notifiant, la description des faits litigieux, les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré et la qualification des faits en cause.

³ Article 6-I-5 de la LCEN.

Dans ce cas, les hébergeurs doivent par ailleurs mettre en place « *un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données* » et informer « *promptement* » les autorités publiques compétentes de ces activités illicites qui leur sont signalées.

Par ailleurs, ils doivent rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre ces activités illicites.

• ***Un constat : une faible mise en cause de la responsabilité des prestataires techniques***

Les prestataires techniques ne voient pas leur responsabilité effectivement mise en cause.

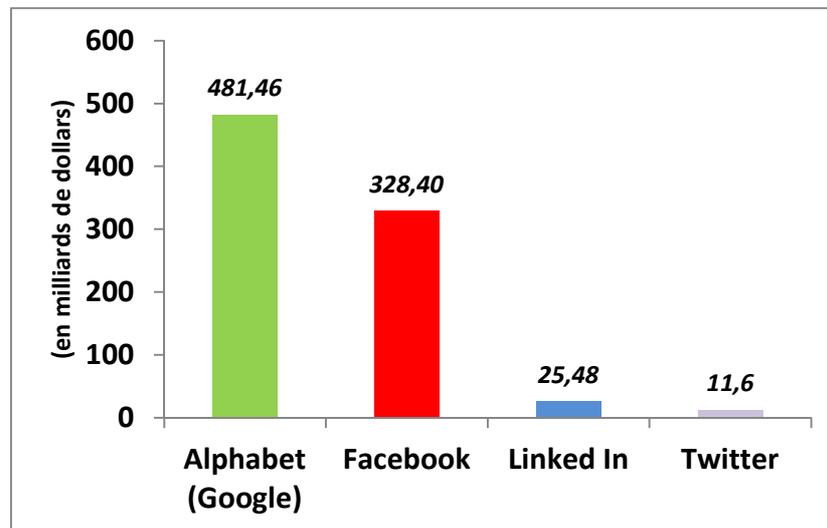
Cet échec résulte du caractère compliqué des mécanismes de la LCEN, en particulier des **exigences de formalisme** imposées pour qu'un signalement de contenu soit considéré comme faisant peser une présomption de responsabilité du prestataire technique.

Par ailleurs, des mécanismes inutilement dissuasifs – en particulier un délit spécifique de dénonciation abusive de contenus illicites, dont votre rapporteur pour avis M. Alex Türk avait contesté le bien-fondé, en relevant son caractère excessif – ont effectivement contribué à la **faible effectivité des dispositifs permettant de mettre en cause la responsabilité des hébergeurs**¹.

Enfin, les peines prévues sont relativement modestes, ce qui pouvait se justifier dans le contexte de la loi de 2004, qui avait essentiellement pour but d'encourager le développement d'un secteur fragile, ne sont plus aujourd'hui dissuasives au regard du poids représenté par les grands acteurs d'Internet.

¹ Rapport pour avis n° 351 (2002-2003) de M. Alex Türk, au nom de la commission des lois sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, p. 58.

Capitalisation boursière au 21 juin 2016 de différents hébergeurs sur Internet



Source : Google finance

Près de douze ans après la LCEN, dans un contexte préalablement évoqué d'explosion des contenus, les condamnations d'hébergeurs sur le fondement des dispositions de la LCEN sont **très limitées**.

3. La place centrale de la coopération internationale pour la répression des contenus abusifs publiés sur Internet

a) L'existence de moyens juridiques pour faire retirer des contenus ou en obtenir le déréférencement

Plusieurs instruments juridiques existent pour faire cesser le trouble représenté par la diffusion ou le maintien de la diffusion d'un contenu jugé illicite. Toutefois, ces instruments nombreux ne peuvent pas tous être mobilisés au bénéfice de la répression de tous les délits de presse.

En premier lieu, l'article 809 du code de procédure civile institue un **référé de droit commun**, permettant au président du tribunal de grande instance de prescrire des mesures d'urgence, visant en particulier à faire cesser un trouble manifestement illicite.

Il existe par ailleurs **un référé propre aux délits de presse** prévu par **l'article 50-1 de la loi de 1881** permettant au juge des référés, à la demande du ministère public ou de toute personne intéressée pour agir – notamment les associations – de prononcer l'arrêt du service de communication en ligne. Néanmoins, ce référé ne peut porter que sur deux délits de presse seulement : la provocation directe à la commission d'une infraction¹ et la

¹ Article 24.

négation d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité¹. Par ailleurs, comme pour le référé de droit commun de l'article 809 précité, les contenus doivent constituer un trouble manifestement illicite pour que l'arrêt du service puisse être ordonné.

Par ailleurs, la LCEN prévoit à son **article 6-I-8 un référé pour permettre de prévenir ou de faire cesser un dommage causé par le contenu d'un service de communication au public en ligne, auprès de l'hébergeur ou à défaut auprès du fournisseur d'accès à Internet.**

b) Un contentieux nécessitant une coopération internationale effective

Les plus grands acteurs d'Internet étant implantés aux États-Unis, tels Google, Facebook ou Twitter, une coopération avec le ministère de la justice doit nécessairement s'engager lorsque les autorités judiciaires françaises souhaitent obtenir des données électroniques.

La sensibilité particulière des États-Unis à la liberté d'expression impose de développer une coopération approfondie pour voir aboutir les demandes d'entraide.

Le droit de la presse aux États-Unis

Aux États-Unis, le premier amendement de la constitution, reformulé à plusieurs reprises, consacre une approche dite négative de la liberté d'expression : « *Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs* » (Premier amendement à la Constitution fédérale américaine, 17 sept. 1787).

Les citoyens mais aussi les personnes morales - entreprise, association ou syndicat - bénéficient des droits issus du premier amendement. Le système juridique américain privilégie le débat, même lorsqu'il est outrancier. Si la liberté d'expression n'y est pas considérée comme un droit absolu, elle est néanmoins conçue de manière plus extensive qu'en France.

Dans la décision *New York Times v/ Sullivan* de 1964 (376 US 254), la Cour suprême a conclu que la nature proprement fondamentale du droit du citoyen de critiquer les élus du peuple et les fonctionnaires dans une société démocratique exige la tolérance de propos qui peuvent s'avérer mensongers. Dès lors, le plaignant a l'obligation de prouver que le prévenu était motivé par une réelle intention de nuire (« *Actual malice* »).

L'expression d'opinions politiquement incorrectes (racisme, négationnisme) n'est pas sanctionnée. Seuls les actes racistes ainsi que l'incitation à la haine raciale, lorsqu'elle est directement susceptible de conduire à la réalisation d'actes illégaux, peuvent être sanctionnés.

¹ Article 24 bis.

Les injures sont moins pénalisées aux États-Unis. Elles doivent constituer des « *fighting words* », c'est-à-dire être de nature à troubler gravement l'ordre public (« *immediate breach of the peace* »). L'arrêt *Cohen v. California* (1972) précise ainsi que seules sont sanctionnées les injures qui sont très fortement susceptibles de conduire à une réaction violente.

Les menaces sont sanctionnées lorsque l'auteur a conscience que ses propos seront reçus comme tels et qu'il n'a pas exprimé une menace à son insu (*Elonis v. United States*, 2015).

La diffamation relève du droit civil et non du droit pénal. Elle ne peut donner lieu qu'à des dommages et intérêts, et non à une sanction pénale, comme c'est le cas en France.

Sources : Ministère de la justice et Pech (L.), JCL Communication Fasc. 1250.

Le ministère français de la justice a élaboré un guide pratique à destination des magistrats afin de rendre efficaces leurs demandes adressées aux autorités américaines.

La procédure spécifique au droit de la presse se décline ainsi :

- envoi d'un soit transmis par courriel par le magistrat instructeur ou le procureur qui souhaite obtenir des données électroniques en matière de droit de la presse au magistrat de liaison aux États-Unis : ce document, rédigé en français, doit **exposer les faits** dont le magistrat est saisi, en se focalisant sur l'**existence de menaces ou de risques** pour l'intégrité physique de toute personne ciblée par les propos visés ;

- consultation du *Department of Justice* par le magistrat de liaison afin de déterminer s'il existe une possibilité d'exécution de la demande d'entraide. Si tel est le cas, une demande d'entraide pourra être envoyée ;

- si les faits décrits dans le soit transmis sont protégés par le Premier amendement à la Constitution américaine, les États-Unis refusent d'exécuter la demande d'entraide, estimant que leurs contraintes constitutionnelles constituent une atteinte à leur intérêts essentiels en application de l'article 6 du traité bilatéral d'entraide judiciaire du 10 décembre 1998. Ils transmettent alors une lettre au magistrat de liaison explicitant pourquoi une demande d'entraide ne peut pas être exécutée ;

- cette lettre, en anglais, est envoyée par courriel au magistrat mandant par le magistrat de liaison aux États-Unis avec un soit transmis explicatif.

L'ensemble de ces documents pourra être intégré à la procédure française, et ainsi justifier la non-délivrance d'une demande d'entraide. L'objectif est de permettre à une chambre de l'instruction de confirmer une ordonnance de refus de demande d'acte dès lors que la demande d'entraide est inexécutable.

En outre, selon certaines conditions, les États-Unis autorisent les autorités étrangères à saisir directement les fournisseurs de services Internet implantés sur leur territoire, sans avoir recours à l'entraide judiciaire pénale, en dehors de toute mesure coercitive. La totalité des enquêtes nécessitant l'obtention de données numériques détenues par des fournisseurs de services internet américains ne pouvant faire l'objet d'une demande d'entraide judiciaire, les services d'enquête, en accord avec les magistrats, adressent depuis plusieurs années des « *requêtes* » directes à ces fournisseurs.

Toutefois des difficultés subsistent car les fournisseurs de services ne sont pas tenus de respecter la confidentialité de la demande qui leur est adressée (et peuvent par conséquent en informer le titulaire du compte) ni de motiver leur éventuel refus de déférer à la demande. De plus, l'obtention de **données de contenu** (contenus d'e-mails, de conversations privées sur réseaux sociaux, de fichiers stockés ou publiés sur un site) doit obligatoirement faire l'objet d'une demande **d'entraide pénale judiciaire**.

Lors de son audition, Mme Fabienne Siredey-Garnier, présidente de la 17^{ème} chambre du TGI de Paris, n'a pas caché les difficultés rencontrées afin d'identifier auprès de fournisseurs de services américains les auteurs de propos qui pourraient être constitutifs d'une infraction de presse, sauf en matière de pédopornographie.

Pour ce magistrat, l'échec des réquisitions adressées aux fournisseurs de services américains est une des principales difficultés rencontrées pour la répression de contenus publiés sur Internet.

4. Un corpus incomplet de règles déontologiques pour l'expression publique, une situation aggravée dans le cas d'Internet

L'activité de journaliste, pigiste ou salarié, s'exerce dans des conditions caractérisées en particulier par la **liberté d'opinion**, le **secret professionnel**, le **secret des sources** et la **déontologie professionnelle**.

La convention collective nationale des journalistes pose en effet en son article 1^{er} que « *les personnes [journalistes] reconnaissent l'importance d'une éthique professionnelle et l'intérêt que celle-ci représente pour une bonne information du public* ».

Pour Emmanuel Derieux, les principes professionnels de la convention collective ne constituent pas un véritable corps de règles éthiques ou déontologiques. En effet, n'y sont pas abordés des thèmes aussi importants que le sérieux de l'enquête, la recherche et la vérification d'une information de qualité ou le respect de la dignité et de la présomption d'innocence¹.

¹ Emmanuel Derieux, *JCL Communication Journalistes*, Fasc. n° 5005.

Les tentatives pour formaliser l'existence de règles déontologiques ont échoué. En effet, saisis notamment de cette question de la déontologie, les États généraux de la presse, dans le livre vert remis le 8 janvier 2009, ont adopté plusieurs recommandations, parmi lesquelles :

- inscrire un code de déontologie dans la convention collective ;
- charger un groupe de sages d'élaborer avant un an un projet de code de déontologie à partir de textes existants ;
- créer un Observatoire des pratiques de la presse permettant un débat régulier sur la déontologie dans la presse.

Le texte issu de leurs réflexions, publié en octobre 2009, s'inspirait de plusieurs textes relatifs à l'exercice de la profession de journaliste : la charte d'origine syndicale datant de 1918, révisée en 1938 ; la charte de Munich de 1971 ; la charte qualité de l'information présentée aux Assises de Lille en 2008.

Il entendait répondre à une attente forte tant de la société, des lecteurs, des auditeurs, des téléspectateurs que des internautes en matière de déontologie des journalistes, dans un contexte de révolution numérique et de profusion de l'information. En fonction des situations, ce code devait être complété par les chartes déontologiques propres à chaque entreprise éditrice de média¹.

Ce texte aurait eu vocation à être annexé à la convention collective nationale des journalistes mais les organisations syndicales ne sont pas parvenues à s'accorder sur l'adoption d'un tel code de déontologie.

Le Syndicat national des journalistes a publié en mars 2011 une nouvelle version de la charte d'éthique professionnelle des journalistes initialement établie en 1918 et révisée en 1938 qui ne peut cependant engager que ses membres, et sur le seul plan moral.

Sur Internet, l'absence de consécration de règles de déontologie de l'expression publique est d'autant plus dommageable que les contenus diffusés sur Internet sont plus nombreux et plus simples à élaborer que par voie de presse ou de communication audiovisuelle. Ils sont également plus accessibles au grand public grâce aux moteurs de recherche et d'une diffusion plus large, en particulier par l'usage des liens hypertextes.

Dès lors, certains internautes, croyant pouvoir s'abriter derrière un anonymat qui leur assurerait toute impunité, n'hésitent pas à tenir des propos outranciers qui seront dans certains cas largement relayés, causant aux victimes un important préjudice.

Or rien ne permet actuellement de distinguer des contenus écrits par des professionnels de ceux de non professionnels. La Cour d'appel de Paris a

¹ Avis budgétaire n° 110 (2011-2012) de M. David Assouline au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication du Sénat.

en outre considéré dans son arrêt en date du 6 juin 2007 qu'un **journaliste professionnel perd cette qualité lorsqu'il dirige un blog à titre purement privé et bénévole** et n'était en conséquence pas tenu de se livrer à une enquête complète et la plus objective possible sur les faits qu'il évoquait¹.

De plus, le régime juridique de la diffamation s'avère plutôt **favorable** aux prévenus qui invoquent leur bonne foi pour justifier leurs propos, moyen de défense issu d'une création jurisprudentielle, plutôt que l'exception de vérité des faits, très rarement admise par les tribunaux².

En effet, comme le souligne M. Christophe Bigot, « *il suffit de démontrer l'existence d'une base factuelle suffisante, ce qui s'analyse en une obligation de moyen* ». Cette bonne foi dépend de la sincérité, de la légitimité du but, du caractère proportionnel du dommage causé aux victimes par rapport au but poursuivi et enfin d'une certaine prudence³.

Par ailleurs, la Cour de cassation approuve régulièrement les décisions des juridictions de fond ayant fait une appréciation plus souple des critères de la bonne foi en présence d'un diffamateur non professionnel de l'information.

Ce régime de responsabilité, qui avait toute sa légitimité lorsqu'il ne s'appliquait qu'à la presse écrite, ne paraît pas suffisamment protecteur depuis la démultiplication des contenus mis en ligne sur Internet par des auteurs le plus souvent non professionnels et dans certains cas anonymes.

C. UN CONTEXTE MARQUÉ PAR DES MODIFICATIONS PONCTUELLES DE LA LOI DE 1881

1. Le transfert des délits de presse dans le droit pénal général en raison de la place circonscrite du juge dans le cadre de la loi de 1881

Au regard des règles procédurales particulières applicables aux délits de presse, en particulier la courte prescription, le législateur a eu tendance à intégrer au sein du code pénal certains délits qu'il considère comme devant faire l'objet d'une répression accrue.

Ce mouvement est ancien : en effet, l'**outrage aux bonnes mœurs** ou les **incitations à désobéir faites aux militaires**, qui étaient dans le texte initial de 1881 des délits de presse ont été assez rapidement transférés dans le code pénal.

Toutefois, ce mouvement s'est aujourd'hui accéléré.

¹ Cour d'Appel de Paris 11^{ème} chambre, section A 6 juin 2007 Mairie de Puteaux/Christophe G.

² Voir supra.

³ Par exemple, TGI Paris, 1^{ère} ch., 25 janv. 1989 : Gaz. Pal. 1992, 1, somm. p. 61. - TGI Paris, 17^e ch., 9 janv. 1992 : Gaz. Pal. 1992, 1, jurispr. p. 182, obs. Bilger.

L'exemple le plus récent et le plus emblématique de ce mouvement est le délit **d'incitation à commettre des actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes**, délit de presse jusqu'à la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* qui l'a intégré dans le code pénal afin d'en organiser une répression accrue, au regard des effets particulièrement délétères et rapides de la propagande djihadiste sur Internet. **Ce comportement est apparu en effet moins comme un délit de presse que comme un délit terroriste en tant que tel, s'intégrant pleinement dans un processus d'actes de terrorisme¹.**

Force est de constater qu'à la suite de cette évolution, le nombre de condamnations pour apologies d'actes de terrorisme a fortement augmenté, les peines infligées étant par ailleurs sans commune mesure avec les peines auparavant infligées dans le cadre du contentieux de la presse.

La comparaison entre les condamnations prononcées au titre de l'apologie de crime ou de délit sur le fondement de la loi de 1881 et l'apologie d'actes de terrorisme au titre de l'article 421-2-5 du code pénal montre bien à cet égard que la répression sur le fondement du code pénal est plus forte que celle exercée sur le fondement du droit de la presse.

En effet, alors que quelques condamnations seulement étaient prononcées chaque année pour apologie du terrorisme ou incitation à commettre un acte de terrorisme sur le fondement de la loi de 1881, à la suite de la promulgation de la loi du 13 novembre 2014 précitée, de nombreuses condamnations ont été prononcées, le plus souvent à des peines de prison ferme.

2. La nécessité d'une vision globale sur la loi de 1881 à l'aune d'Internet

a) Le risque pour la loi de 1881 d'une démarche ponctuelle de modification de son périmètre

La loi du 29 juillet 1881 a fait l'objet de **nombreuses modifications**, mais dans les dernières années, ces modifications sont intervenues très souvent à l'occasion de textes ne concernant que **marginale**ment le droit de la presse, qui ont créé parfois des distorsions.

Ce cas est illustré par **l'allongement du délai de prescription de trois mois à un an** pour les injures, diffamation ou provocation à la discrimination commises en raison de l'origine ou de la religion par la loi

¹ Étude d'impact : « L'introduction dans le code pénal de la provocation et de l'apologie d'actes de terrorisme permettrait d'appliquer à ces délits des délais de prescription allongés et des règles de procédures plus adaptées (techniques spéciales d'enquête notamment). Il ne s'agit pas en l'espèce de réprimer des abus de la liberté d'expression, mais de sanctionner des faits qui sont directement à l'origine des actes terroristes. Force est de constater dans de nombreuses procédures judiciaires, mais aussi de manière générale, qu'Internet constitue un puissant vecteur d'endoctrinement conduisant des individus à se radicaliser en les incitant à commettre des actes de terrorisme. »

n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi « *Perben II* ».

Puis la loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap a unifié les délais de prescription applicables à toutes les infractions aggravées de diffamation, d'injure ou de provocation à la discrimination mais cette modification n'est intervenue que près de dix ans après la modification opérée par la loi « *Perben II* »¹.

Cette différence a pu expliquer la très faible part de condamnations d'injures, de diffamation ou de provocations à la discrimination prononcées en raison du sexe, de l'identité ou de l'orientation sexuelle ou du handicap, par rapport aux condamnations prononcées pour les mêmes faits commis en raison de motivations racistes ou religieuses.

Par ailleurs, si l'intégration du délit d'apologie d'actes de terrorisme ou de provocation à la commission d'un acte de terrorisme dans le code pénal peut se justifier, en raison de son lien direct avec la commission d'actes de terrorisme, l'apologie de crime contre l'humanité demeure un délit de presse. Nos collègues MM. Hiest et Richard avaient souligné que la modification visant à insérer le délit d'incitation à commettre un acte de terrorisme ou l'apologie d'acte de terrorisme dans le code pénal, de manière ponctuelle, présentait l'inconvénient de faire figure de précédent, d'autres délits de presse pouvant tout à fait être extraits de la loi de 1881 au motif de leur gravité, comme la provocation à l'assassinat ou aux crimes racistes².

Ainsi, en première lecture, les rapporteurs avaient proposés de circonscrire ce délit aux **seuls faits commis par la voie d'un service de communication au public en ligne**, en considérant que les spécificités présentées par Internet pouvaient justifier une telle évolution.

De même, la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France a abrogé le **délit d'offense au chef de l'État** et a aligné son régime de protection sur celui des membres du Gouvernement et sur les membres du Parlement, à l'occasion d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale lors de l'examen d'un texte opérant diverses mesures de transpositions de directives communautaires.

¹ Rapport n° 324 (2012-2013) de Mme Esther Benbassa sur la proposition de loi relative à la suppression de la discrimination dans les délais de prescription prévus par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, p. 15. Le rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/112-324/112-3241.pdf>.

² Rapport n° 9 (2014-2015) de MM. Jean-Jacques Hiest et Alain Richard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 octobre 2014, p. 48. Le rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/114-009/114-0091.pdf>.

Cette évolution, symbolique à bien des égards, dans la mesure où le nombre de poursuites sur ce fondement a été rarissimes sous la V^{ème} République relevait toutefois de la question plus générale du statut juridictionnel du chef de l'État, comme l'avait relevé votre commission qui avait maintenu ce délit dans un premier temps.

Ces quelques exemples soulignent que les modifications ponctuelles de la loi de 1881 sans vision d'ensemble font peser le risque d'introduire des incohérences au sein d'un texte déjà complexe.

Cette tendance se poursuit pourtant, avec le **projet de loi Égalité et citoyenneté**, en cours d'examen à l'Assemblée nationale qui comporte plusieurs dispositions relatives à la loi de 1881, revenant sur des équilibres importants du texte, puisque le mineur de seize ans pourrait désormais se voir reconnaître la possibilité d'être directeur de publication, un régime de responsabilité spécifique étant par ailleurs défini pour lui.

Enfin, la loi sur la presse a fait l'objet de nombreuses contestations ponctuelles devant le juge constitutionnel, par le biais de QPC, qui ont entraîné un certain nombre d'annulations, même si le Conseil constitutionnel a majoritairement considéré que les équilibres de la loi de conciliait liberté de communication et protection des droits des personnes.

En conclusion, la méthode utilisée jusqu'ici de réforme à la marge du texte de 1881 a pour effet d'affaiblir ce texte, en lui faisant perdre sa cohérence et en le compliquant encore, entretenant ainsi la tendance à l'écarter au profit du code pénal.

b) La nécessaire interrogation du périmètre retenu actuellement par la loi de 1881

Comme le relève le professeur Patrick Auvret, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse se caractérise dès son origine par son **empirisme** et par le choix initial d'exclure un certain nombre de délits du champ de la liberté de la presse, de manière plus ou moins logique : « *l'empirisme le plus complet règne en la matière et intègre ou laisse en dehors de la loi les infractions de cette nature. La classification de la loi de 1881, est, en effet, plus énumérative que rationnelle.* »¹.

L'exemple du délit de presse d'apologie de délit ou de crime non suivi d'effet, prévu par l'article 24 est particulièrement intéressant : en effet, l'apologie de certains délits relève de dispositions pénales de droit commun fixées sur l par le code pénal comme la **provocation au suicide et la propagande ou la publicité en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort** prévus aux articles 223-13 et 223-14 du code pénal ou la **provocation à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population** en application de l'article 412-8

¹ JCL n° 3020 *Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881, n° 1.*

du même code ou encore **l'incitation à commettre un acte terroriste ou l'apologie de tels actes**, prévu par l'article 421-2-5 du même code.

D'autres délits, qui pourraient relever de délit de presse ont également été intégrés dans le code pénal, en considérant que leur répression par la voie des délits de presse ne permettait pas une répression efficace de ceux-ci. Ainsi, l'article 322-14 du code pénal puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende « *le fait de communiquer ou de divulguer une fausse information dans le but de faire croire qu'une destruction, une dégradation ou une détérioration dangereuse pour les personnes va être ou a été commise* ».

Dans certains cas, ces délits visent précisément à prendre en compte les risques liés aux capacités de diffusion par Internet, en considérant qu'ils ne relèvent pas de la liberté d'expression : ainsi, l'article 322-6-1 du code pénal, créé par la loi du 9 mars 2004, incrimine « *le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole* ». La peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende « *lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion des procédés, un réseau de télécommunications à destination d'un public non déterminé* », ce qui vise clairement l'utilisation d'Internet.

De même, le **fait de révéler l'identité d'un agent public** figurant sur une liste définie par le ministre est un délit de presse puni par l'article 39 *sexies* mais ce délit s'apparente assez étroitement à la violation du secret de la défense nationale, qui fait l'objet de nombreuses dispositions pénales, figurant aussi bien dans le code pénal que dans le code de la défense.

Enfin, **la révélation de la filiation d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière** pourrait par ailleurs faire l'objet d'une sanction, et donc d'une réparation, sur le fondement de l'article 9 du code civil protégeant la vie privée des personnes alors que c'est un délit de presse prévu à l'article 39 *quater* de la loi de 1881.

Il est donc tout à fait justifié d'interroger le périmètre de la loi de 1881 mais il semble que l'envisager à l'occasion d'une réforme d'ensemble permettrait de le renforcer en lui rendant une cohérence au contraire des « *replâtrages législatifs dénués de toute cohérence* »¹ qu'elle a parfois subis.

En effet, cette situation présente le risque de privilégier l'insertion de nouveaux délits de presse au sein du code pénal, au risque d'entraîner un certain dépérissement de la loi de 1881.

¹ JCL n° 3020 *Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881, n° 5.*

II. MAINTENIR LE CADRE PROTECTEUR DE LA LOI DE 1881 EN L'ADAPTANT AUX CARACTÉRISTIQUES D'INTERNET DANS LE CADRE D'UNE RÉFORME D'ENSEMBLE

Vos rapporteurs ont souhaité, tout en s'inscrivant dans l'épure de la loi du 29 juillet 1881, formuler plusieurs propositions destinées à rééquilibrer et à simplifier le cadre juridique actuel.

Vos rapporteurs ne recommandent pas d'abandonner le cadre de la loi de 1881 : il est préférable au contraire de réformer ce texte, en au développement d'Internet, qui remet en cause un certain nombre de ses mécanismes.

Tout en préservant la protection de la liberté d'expression, il s'agit de permettre une réparation effective des abus de celle-ci, en prenant en considération les effets potentiellement beaucoup plus graves d'Internet en la matière.

Le Conseil constitutionnel a ainsi consacré comme un **principe à valeur constitutionnelle** le fait de **pouvoir obtenir réparation d'un dommage causé** dans sa décision QPC 2010-2 du 11 juin 2010 en rattachant ce principe à l'article 4 de la DDHC : « *Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; ».*

Si certaines propositions sont spécifiques aux délits commis sur Internet, d'autres visent à une évolution des procédures de la loi du 29 juillet 1881, indépendamment du support de l'infraction.

Trois axes de propositions semblent pouvoir être privilégiés :

- la simplification et l'adaptation de la loi du 29 juillet 1881 pour un rééquilibrage au profit des victimes des abus ;
- la recherche d'un régime de responsabilité adapté à Internet ;
- la réparation effective des préjudices résultant d'un abus d'expression sur Internet.

A. SIMPLIFIER ET RÉÉQUILIBRER LA PROCÉDURE EN FAVEUR DU JUGE

Les particularités procédurales conduisent régulièrement à mettre fin à des actions en justice intentées. Cela entretient un sentiment d'impunité chez les auteurs de contenus illicites et un sentiment d'abandon de la justice pour les victimes.

Le trouble à l'ordre public engendré par les atteintes à la vie privée ou aux droits de la personnalité en général justifient pourtant que **le juge**

retrouve une certaine marge de manœuvre pour poursuivre plus facilement des actes illicites.

1. Accorder au juge une plus grande maîtrise de l'instance

La place très circonscrite du juge nécessite aujourd'hui d'être revue : en effet, sur Internet, un délit de presse comporte un degré de **gravité** - en raison de son audience et de sa persistance - **sans commune mesure avec les conséquences en matière de presse écrite ou audiovisuelle.**

Cette place limitée du juge se justifiait pleinement en 1881 pour encourager la liberté d'expression et la liberté de la presse, mais le contexte a aujourd'hui évolué.

L'impossibilité pour le juge de requalifier les faits dont il est saisi ne se justifie plus aujourd'hui et contribue à **affaiblir très substantiellement les mécanismes répressifs de la loi de 1881** : en effet, même s'il est mal qualifié, l'abus de la liberté d'expression existe bien.

Limiter ce retour au droit commun de la procédure pénale à un nombre restreint d'infractions de presse, comme le propose l'article 38 du projet de loi égalité et citoyenneté actuellement en discussion à l'Assemblée nationale compliquerait encore le régime de la loi de 1881 en créant une différence majeure dans la procédure, en fonction de certains délits, entraînant ainsi un risque d'incohérence de la loi de 1881.

Il est donc préférable de **permettre au juge de requalifier tous les délits de presse dont il est saisi.**

Proposition n° 1 : Autoriser la juridiction saisie à requalifier les faits dont elle est saisie.
--

En outre, **l'extinction des poursuites entraînée par le désistement de la partie poursuivante** fait courir un double risque d'instrumentalisation de la juridiction et de confusion de la politique pénale.

La victime dispose en effet, par le biais de la plainte préalable, de la garantie de savoir qu'aucune action ne peut être intentée sans son accord¹.

Au regard de l'augmentation du contentieux de la presse, il semblerait par ailleurs justifié de permettre aux juridictions de définir une politique pénale cohérente.

¹ Ce mécanisme est suffisant pour éviter une action judiciaire non souhaitée par la victime, dans la mesure où le délai de réflexion très court de la prescription de trois mois - et justifiant donc la possibilité de changer d'avis après avoir intenté une action rapide pour ne pas voir son droit prescrit - ne serait plus d'actualité : vos rapporteurs proposent en effet d'allonger la durée du délai de prescription de faits commis sur Internet à un an (proposition n° 7).

Proposition n° 2 : Supprimer le principe selon lequel le désistement du plaignant entraîne la fin des poursuites.

En revanche, il n'est pas justifié de remettre en cause le principe d'une **plainte préalable de la victime d'un délit de presse**, dans la mesure où la poursuite d'un délit est en réalité parfois plus dommageable que l'inaction.

2. Spécialiser le contentieux du droit de la presse

Une **spécialisation** des juges ayant à connaître de ce contentieux très technique et particulièrement dérogoire aux règles de la procédure pénale, pourrait également renforcer le rôle du juge en matière de droit de la presse.

Le rapport Guinchard¹ relevait ainsi que « *les actions fondées sur la loi du 29 juillet 1881 répondent à un formalisme procédural original et exigeant, que l'on qualifie généralement de chaussetrappe et qui donne lieu à une jurisprudence nourrie*² ».

Le rapport a également relevé une tendance des justiciables à « *sélectionner* » la juridiction la plus à même de lui donner satisfaction – phénomène de « *forum shopping* » – dans la mesure où le lieu de la commission de l'infraction étant également celui de la diffusion, celui-ci peut être étendu à tout le territoire, permettant ainsi au plaignant de choisir la juridiction souhaitée³.

Lors de son audition par vos rapporteurs, M. Christophe Bigot a également observé que le caractère technique du droit de la presse pouvait justifier de réunir ce contentieux au sein de quelques tribunaux.

Partageant ce constat d'un contentieux technique, pouvant justifier sa concentration, vos rapporteurs proposent donc de **définir un TGI compétent en matière de délit de presse par ressort de cour d'appel**, en s'inspirant de la solution décidée pour **les infractions commises par les militaires dans l'exercice du service**, qui a consisté à confier à un TGI, **dans le ressort d'une ou plusieurs cours d'appel**, la compétence pour ce contentieux très spécifique.

¹ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, juillet 2008.*

² *Rapport précité, p. 219*

³ *Rapport précité, p. 289.*

Article 697 du code de procédure pénale

Dans le ressort d'une ou de plusieurs cours d'appel, un tribunal de grande instance est compétent pour l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions mentionnées à l'article 697-1.

Des magistrats sont affectés, après avis de l'assemblée générale, aux formations de jugement, spécialisées en matière militaire, de ce tribunal.

Dans le même ressort, une cour d'assises est compétente pour le jugement des crimes mentionnés à l'article 697-1.

Un décret pris sur le rapport conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de la défense fixe la liste de ces juridictions.

À la différence du contentieux des infractions militaires, caractérisé par leur concentration sur quelques zones, ce qui a conduit à permettre par la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019* et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale qu'un seul TGI puisse être désigné sur le ressort d'une ou plusieurs cours d'appel, **la désignation d'un TGI par ressort de cour d'appel apparaîtrait en l'espèce plus adaptée au contentieux de la presse, au moins dans un premier temps.**

Proposition n° 3 : Spécialiser le contentieux en définissant un tribunal de grande instance par ressort de cour d'appel compétent pour l'instruction des délits de presse.

Cette solution présenterait l'intérêt de répondre aux impératifs de formation des magistrats, permettrait de mieux unifier la jurisprudence en matière de délits de presse pour limiter les effets de « *forum shopping* », sans pour autant nécessiter d'importantes modifications préalables.

3. Simplifier et actualiser l'écriture de la loi du 29 juillet 1881

(1) Simplifier la procédure

Si la complexité et le formalisme de la procédure sont des éléments protecteurs en tant que tels de la liberté d'expression, quelques évolutions permettraient probablement de renforcer l'efficacité du texte sans pour autant modifier ses équilibres.

Ainsi **les règles qui permettent de calculer un délai entre la citation et le jugement**, particulièrement complexes, ne présentent plus l'intérêt qu'elles ont historiquement justifié et pourraient être remplacées par un délai déterminé.

En outre, Internet a en partie rendu caduque cette règle, que la communication audiovisuelle avait déjà mise en cause, dans la mesure où,

dans les deux cas, les contenus diffusés par ces deux moyens de communication sont susceptibles d'être vus dans n'importe quel point du territoire, permettant d'attirer la personne mise en cause dans n'importe quelle juridiction.

En conséquence, un délai précisément défini permettrait de simplifier la procédure.

Proposition n° 4 : Déterminer un délai fixe entre la citation et le jugement.

(2) Rapprocher la procédure en matière de presse de la procédure de droit commun

Il serait également justifié de rapprocher la loi de 1881 du droit commun de la procédure pénale, afin notamment d'accélérer le traitement contentieux des infractions de la loi de 1881, actuellement trop long.

Il semble en effet injustifié de ne pas permettre le recours à la **reconnaissance préalable de culpabilité** comme à la **composition pénale**, qui permettent de remplir le double objectif de la loi de 1881 de **limiter les délais de jugement des infractions de presse**, d'une part, et de **ne pas réitérer l'infraction de presse**, d'autre part, en la remettant en lumière à l'occasion d'un procès.

Cette possibilité pourrait être toutefois **exclue pour certaines infractions, en raison de leur gravité**, relatives en particulier pour les infractions de **provocation non suivies d'effet à commettre certaines infractions visées à l'article 24** ainsi que la **contestation de l'existence d'un crime contre l'humanité visé à l'article 24 bis**.

Proposition n° 5 : Permettre la composition pénale et la composition sur reconnaissance préalable de culpabilité pour les délits de presse à l'exception des délits prévus aux articles 24 et 24 bis.

En revanche, il semble nécessaire de **maintenir l'exclusion de la formation à juge unique en matière de contentieux de la presse**, même en spécialisant davantage les magistrats. Il existe en effet un élément de subjectivité dans chaque affaire de presse nécessitant plusieurs avis.

(3) Actualiser l'écriture de la loi du 29 juillet 1881

Le texte résultant de sédimentations successives de législations depuis près de 130 ans, un grand nombre de **malfaçons formelles** peuvent être relevées, certaines datant d'ailleurs de l'origine du texte. Ces erreurs, parfois sans conséquence en tant que telles, contribuent toutefois à **compliquer le cadre juridique**.

Ainsi, des références à des dispositions abrogées, des erreurs de références ou de renvois au sein d'articles ou au sein du texte ainsi que des erreurs d'écritures peuvent être relevées, certaines erreurs formelles

remontant même au texte initial de 1881, comme la formulation de l'article 50 de la loi de 1881 qui prévoit diverses obligations formelles pour permettre la poursuite, « à peine de nullité du réquisitoire de ladite poursuite », qu'un commentateur de l'époque relève comme une malfaçon législative due à une erreur matérielle d'impression¹. En effet, les obligations de l'article 50 ne sont pas imposées à peine de nullité du seul réquisitoire mais bien de l'ensemble de la poursuite.

De même, des annulations de certaines dispositions du texte par le Conseil constitutionnel n'ont pas donné lieu à la suppression de conséquence du renvoi aux dispositions abrogées.

Il semblerait donc utile d'opérer un travail d'ensemble de **réécriture et d'harmonisation formelle** du texte.

Par ailleurs, une **harmonisation et une actualisation des quantum des peines encourues** pourraient être utilement effectuée, sans revenir sur le principe d'une suppression de la plupart des peines d'emprisonnement pour les délits de presse.

Proposition n° 6 : Harmoniser les *quantum* d'amendes des différentes infractions prévues par la loi de 1881

4. Adapter le régime de la prescription des délits de presse à la spécificité d'Internet

a) La question des délais de prescription

Les technologies de l'Internet accroissent non seulement la persistance des contenus dans l'espace public, mais surtout facilitent leur accessibilité.

Des technologies qui accroissent considérablement la diffusion de messages

Trois exemples peuvent illustrer cette pérennisation des discours dans l'espace public :

- les systèmes dits « pertinents » de suggestion de termes et de mots clés dans les sites internet et principalement sur les moteurs de recherche sont susceptibles de faciliter, si ce n'est d'entraîner la diffusion de propos susceptibles de constituer une infraction. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 2011, la Cour d'appel de Paris a condamné Google Inc. pour injure publique en raison de suggestions qui associait le terme « escroc » à la raison sociale d'une société ;

- l'utilisation des algorithmes sur les réseaux sociaux entraîne une large « rediffusion » de propos mis en ligne auparavant. De plus, ces systèmes étant basés

¹ De Briselainne (A), *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, Paris, 1881, p. 177.

sur l'influence potentielle d'un message, plus ce dernier est vu, plus sa durée de vie et sa « mise en lumière » par le réseau sera prolongée ;

- l'indexation automatique ou forcée de pages Internet par les moteurs de recherche, d'une part, augmente la portée possible de messages qui pourront être retrouvés par le moteur, et d'autre part, réduit la faculté d'un retrait effectif d'un message erroné en raison des duplications facilitées par l'indexation.

Cet état de fait semble remettre en cause la justification d'une courte prescription qui repose, en partie, sur le caractère éphémère et temporaire d'un écrit ou d'une parole. De plus, la sphère de diffusion des messages en ligne et les technologies offertes à chacun de diffuser ces messages semblent justifier un traitement différencié pour le délai de prescription des infractions sur Internet.

En 2008, notre ancien collègue Marcel-Pierre Cléach avait déposé une proposition de loi au Sénat, visant à porter à un an les délits de presse commis sur Internet sauf quand le contenu concerné a déjà été diffusé par la presse papier et audio-visuelle. Adoptée le 4 novembre 2008 par le Sénat, ce texte n'a pas encore été examiné par l'Assemblée nationale.

S'il semble justifié d'allonger les délais de prescription pour les délits d'injure et de diffamation publiques, même non aggravées, la question n'est néanmoins pas évidente pour les contraventions d'injure et de diffamation non publiques, prévues par les articles R. 621-1 à R. 624-6 du Code pénal, soumises à la prescription trimestrielle même lorsqu'elles sont aggravées. De même, l'ensemble des délits de presse ne justifient pas nécessairement une différence de traitement.

Proposition n° 7 : Allonger le délai de prescription à un an pour les délits de diffamation, d'injures et de provocation à la discrimination, commis sur Internet.

b) La détermination du point de départ du délai de prescription

La question des délais de prescription est indissociable de la fixation du point de départ de la prescription.

Dans un arrêt du 15 décembre 1999, la Cour d'appel de Paris considérait les infractions de presse commises sur Internet comme des délits continus en raison de la persistance des contenus sur Internet. Néanmoins, par quatre arrêts, la Cour de cassation est venue réaffirmer que le délai de prescription de l'action publique courrait à compter du jour où « le message a été mis en place pour la première fois à la disposition des utilisateurs ».

Cette interprétation pose une première difficulté : la prescription de l'action publique peut être acquise alors même que l'écrit est toujours en ligne.

Constatant la position de la Cour de cassation sur les délits instantanés, les juges du fond ont développé d'autres jurisprudences

repoussant le point de départ du délai de la prescription sans pour autant assimiler les délits de presse à des infractions continues.

On peut ainsi souligner la jurisprudence de la 17^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris du 26 février 2002 relative à la vente aux enchères en ligne sur le site Yahoo d'insignes nazis. Le tribunal avait considéré que le point de départ de la prescription se situe à compter du premier jour de la mise à disposition des utilisateurs du réseau internet de l'objet, mais que chaque mise à jour constituait une infraction nouvelle.

De même, la Cour d'appel de Nancy, dans une décision du 24 novembre 2005, a considéré que « *chaque mise à jour constitue une réédition... fixant en conséquence un nouveau point de départ de la prescription* ».

Enfin, dans deux décisions du 29 janvier 2004 et du 26 mai 2005, la cour d'appel de Paris avait assimilé une réédition d'une infraction par la création d'une nouvelle adresse http pour la diffusion de textes déjà publiés.

Cependant, dans deux décisions du 19 septembre 2006 et du 6 janvier 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que la prescription commence à courir à partir de la première mise en ligne même lorsque le support fait l'objet d'une mise à jour, en application de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 et **qu'une nouvelle publication suppose** « *la mise à disposition du public d'un message illicite sous une forme nouvelle (**réédition**) ou sur un nouveau support (**reproduction**) et ne se résume pas en l'amélioration de la publicité qui entoure la diffusion déjà en cours de ce message* ».

Si cette jurisprudence est incontestablement conforme au principe de stricte interprétation de la loi pénale, elle semble néanmoins heurter l'objectif légitime de répression des infractions.

Lors de l'examen de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le Parlement a fixé le point de départ du délai de prescription d'un message diffusé exclusivement en ligne à la date de la fin de la mise à disposition au public de ce message. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel qui relevait que la différence de régime instaurée dépassait « *manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière de messages exclusivement disponibles sur un support informatique* »¹. Il relevait néanmoins que la « *prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps* » n'est pas contraire au principe d'égalité.

Au regard de **l'évolution des circonstances** de fait, notamment par le développement massif de réseaux sociaux et de technologies de l'information accessibles à tous qui n'existaient pas ou venait à peine d'être

¹ *Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique.*

fondés en 2004, il semble que cette jurisprudence puisse être aménagée afin de redonner à cette infraction son caractère continu¹.

Proposition n° 8 :

- Reporter le point de départ du délai de prescription au dernier jour de diffusion d'un message ;

- À défaut, considérer l'amélioration de la publicité d'un message comme une mise à jour de ce dernier et reporter en conséquence le point de départ du délai de prescription à celle-ci.

B. ACTUALISER ET PRÉCISER LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES DIFFÉRENTS ACTEURS

Plusieurs propositions visent à définir un régime de responsabilité plus équilibré, mais également plus adapté à Internet.

1. Établir des règles de déontologie applicables aux journalistes professionnels

L'absence de règles de déontologie communes aux journalistes et l'absence, en conséquence, d'une structure professionnelle qui aurait pour fonction de veiller au respect des principes posés est particulièrement regrettable dans un contexte où l'information accessible sur Internet est toujours plus abondante et où les difficultés liées à la propagation d'informations non vérifiées se sont encore aggravées.

Vos rapporteurs ne peuvent qu'inciter à ce qu'une nouvelle démarche visant à élaborer des règles de déontologie communes aux journalistes professionnels soit réitérée, après l'échec de 2011, selon le même schéma d'une **annexe à la convention collective des journalistes fixant un certain nombre de règles de déontologie**.

Sur Internet, la mise en place de telles règles aurait d'ailleurs pour effet de conforter le statut des journalistes professionnels en les valorisant et en les distinguant clairement des auteurs de contenus non-professionnels intervenant sur un sujet sans présenter les mêmes garanties de déontologie.

Ce mécanisme pourrait avoir corrélativement pour effet de réduire la portée des contenus abusifs publiés par des auteurs non-professionnels, l'absence de respect des règles de déontologie par son auteur permettant aux internautes de prendre une certaine distance de principe avec les contenus qui y seraient publiés.

¹ Une infraction continue est une infraction dont la consommation intervient dans une certaine durée, par exemple le recel. La doctrine qualifie également d'infraction « permanente », une infraction instantanée dont les effets se prolongent nécessairement et obligatoirement sans le temps, sans intention renouvelée et qui repousse le point de départ de la prescription.

2. Actualiser et simplifier la LCEN pour permettre une meilleure mise en cause de la responsabilité des acteurs

a) Améliorer les mécanismes de la LCEN pour mettre en jeu la responsabilité des acteurs

(1) Redéfinir un régime de responsabilité applicable aux acteurs d'Internet

Le régime de responsabilité en cascade, appliqué à Internet, présente des **déficiences**, comme l'ont relevé vos rapporteurs.

Les difficultés résultent des définitions juridiques des acteurs pouvant être mis en cause en cas de délit de presse commis sur Internet mais également du **principe même d'une responsabilité en cascade**. En effet, les contraintes techniques posées par Internet, liées à l'anonymat des auteurs comme à la porosité des fonctions exercées par les acteurs, rendent en réalité très difficile la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

La mise en place d'un système totalement dérogatoire du droit de la presse à Internet semble par ailleurs relativement difficile à envisager, dans la mesure dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, le Conseil constitutionnel a censuré l'application de règles manifestement dérogatoires à Internet, tout en ménageant la possibilité d'apporter des différences de régime quand le délit est commis sur Internet, au regard des spécificités présentées : « *la prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps, selon qu'il est publié sur un support papier ou qu'il est disponible sur un support informatique, n'est pas contraire au principe d'égalité ; que, toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* »¹.

Dès lors, **le mécanisme de responsabilité en cascade actuel applicable à Internet ne permettant pas d'obtenir véritablement une réparation du préjudice causé**, la conciliation des principes de liberté d'expression et de communication, d'égalité et de droit d'agir en responsabilité pour obtenir la réparation d'un dommage pourrait justifier de limiter le régime de responsabilité en cascade actuel aux seuls contenus publiés par des auteurs professionnels – et donc astreint à des obligations de publicité et d'identification sur le site – et de substituer au régime de responsabilité en cascade un régime de responsabilité permettant de rechercher directement la responsabilité de l'auteur non professionnel de contenus.

¹ Considérant n°14.

À l'exception du mécanisme de responsabilité en cascade, toutes les autres règles de la loi de 1881 seraient néanmoins applicables aux éditeurs non-professionnels de contenus.

Proposition n° 9 : Limiter aux seuls auteurs de contenus professionnels l'application du régime de responsabilité en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

En second lieu, pour permettre de mieux poursuivre un auteur non-professionnel de contenus, **les obligations de collecte des éléments d'identification par le fournisseur d'accès ou l'hébergeur pourraient être substantiellement renforcées.**

Ainsi, la peine encourue en cas de non conservation des éléments d'identification par un fournisseur d'accès ou un hébergeur est actuellement sanctionné d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Les mêmes peines sont applicables en cas de refus de déférer à une demande de l'autorité judiciaire pour obtenir ces éléments.

Au regard du poids désormais représenté par ces acteurs, ces sanctions sont à l'évidence trop limitées et justifieraient d'être substantiellement relevées.

Proposition n° 10 : Augmenter le quantum des peines encourues en cas de non-conservation des données d'identification des auteurs de contenus ainsi que les peines encourues en cas d'absence de réponse à une demande d'identification formulée par l'autorité judiciaire.

Enfin, il peut être observé que des opérateurs dont le siège social n'est pas en France excipent de l'incompétence de la loi nationale, comme l'avait relevé le rapport de la commission d'enquête sur l'organisation et les moyens de la lutte contre les réseaux djihadistes en France et en Europe¹.

¹ Pour des illustrations voir par exemple : CA Paris, 26 janvier 2011, SAIF c/ Google ou Cour d'appel de Paris, ordonnance du 12 juin 2013.

« Enfin, sans modifier l'économie du dispositif général de la LCEN, il conviendrait de le rendre applicables aux entreprises **étrangères** ayant une activité, même secondaire, en France : en effet, les obligations édictées ne s'appliquent de fait actuellement qu'aux opérateurs dont le siège social est situé en France. De nombreux acteurs d'internet excipent ainsi de l'incompétence de la loi nationale.

Cette analyse a été confirmée par M. Marc Robert, procureur général de la Cour d'appel de Versailles, auteur d'un rapport relatif à la cybercriminalité¹, lors de son audition : « *En particulier, les prestataires de droit américain excipent sans cesse de leur extranéité et se cachent derrière la loi de 2004 [LCEN]. Les autorités judiciaires sont confrontées à des refus d'exécution de réquisitions, ce qui les oblige à en passer par la coopération internationale, qui ne fonctionne pas. Or, ces entreprises réalisent des bénéfices considérables sur notre territoire. La seule solution me semble être la suivante : il faut que la loi prévoie expressément que les obligations qu'elle pose s'appliquent également aux prestataires étrangers ayant une activité même secondaire en France ou fournissant des services gratuits à des personnes situées en France. Les règles européennes ne s'opposeraient pas à de telles dispositions* »².

Cette approche est confirmée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui dans son avis du 12 février 2015 « *appelle l'État à ne pas abdiquer sa souveraineté et recommande en conséquence de définir le champ d'application territorial de l'article 6 de la LCEN, ses dispositions devant s'appliquer à toute entreprise exerçant une activité économique sur le territoire français* »³. »

Source : Rapport de la commission d'enquête sur l'organisation et les moyens de la lutte contre les réseaux djihadistes en France et en Europe, pp. 176-177.

Afin de permettre de renforcer l'effectivité de la LCEN, vos rapporteurs ne peuvent donc que réitérer la proposition qui avait été faite de **prévoir explicitement dans la LCEN que ses dispositions s'appliquent à tout prestataire même étranger**, ayant une activité même secondaire en France ou y fournissant des services gratuits.

Proposition n° 11 : Prévoir explicitement dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique que ses dispositions s'appliquent à tout prestataire, même étranger, ayant une activité même secondaire en France ou y fournissant des services gratuits.

(2) Faciliter la mise en cause de la responsabilité des acteurs techniques d'Internet en cas de carence

Le principe de l'irresponsabilité des prestataires techniques repose sur le principe protecteur que celui-ci ne se préoccupe pas du fond des contenus qu'il héberge.

¹ Marc Robert, *Rapport sur la cybercriminalité*, « protéger les internautes », février 2014.

² Audition du 28 janvier 2015.

³ CNCDH, *avis sur la lutte contre les discours de haine sur Internet*, 12 février 2015, p. 9.

Ce principe se justifie tout d'abord par les effets pervers d'une responsabilité de droit commun du prestataire technique, qui pour éviter une mise en cause à raison de contenus dont il ne peut évaluer le risque contentieux opèrerait alors une autocensure dommageable pour la liberté d'expression.

Par ailleurs, comme l'a souligné le représentant de la direction des affaires criminelles et des grâces lors de son audition par vos rapporteurs, une telle mesure érigerait des acteurs privés en censeurs de la liberté d'expression sur Internet, ce qui pose effectivement des interrogations fortes quant à la constitutionnalité d'une telle mesure.

Toutefois, la LCEN a créé un mécanisme permettant de mettre en cause la responsabilité des prestataires techniques, sous certaines conditions, reposant en particulier sur le signalement des contenus litigieux préalable à la mise en cause de la responsabilité.

Dans son rapport sur l'organisation et les moyens de la lutte contre les réseaux djihadistes en France et en Europe, notre collègue Jean-Pierre Sueur avait là encore recommandé de **faciliter la mise en cause de la responsabilité des fournisseurs d'accès ou des hébergeurs**.

Vos rapporteurs souscrivent et réitèrent les deux propositions faites par la commission visant à **simplifier le régime de notification d'un contenu litigieux par un tiers à un hébergeur** et à **supprimer l'infraction figurant au 4. du I de l'article 6 de la loi pour la confiance pour l'économie numérique visant à sanctionner une dénonciation abusive d'un contenu**.

Proposition n° 12 : Supprimer le dispositif du 4 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) prévoyant la pénalisation des signalements abusifs
--

D'une manière plus générale, la **simplification du régime de notification d'un contenu litigieux à un hébergeur** est nécessaire, en supprimant un certain nombre d'éléments devant être fournis pour rendre plus simple cette notification.

Proposition n° 13 : Simplifier le régime de notification d'un contenu litigieux par un tiers à un hébergeur prévu au 5 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).
--

En tout état de cause, la proposition n° 11 visant à rendre explicitement applicables les dispositions de la LCEN sur le territoire national aurait également pour effet de supprimer toute ambiguïté quant à l'application de la loi française aux acteurs techniques ayant leur siège social à l'étranger.

b) Actualiser les dispositions de la LCEN

Comme l'ont souligné de nombreuses personnes entendues par vos rapporteurs, en particulier le professeur Frédérique Chopin, les catégories juridiques de **la LCEN ne sont plus adaptées aux réalités d'Internet**.

La **multiplication d'acteurs nouveaux** sur Internet depuis la LCEN de 2004 en particulier l'apparition des réseaux sociaux et leur développement particulièrement dynamique pourraient justifier de les définir afin de les intégrer dans le dispositif de responsabilité en cascade.

La jurisprudence a apporté des réponses ponctuelles en assimilant par exemple un réseau social à un hébergeur¹, mais la jurisprudence reste hésitante.

Ainsi la Cour de cassation a considéré qu'un **moteur de recherche** était un **hébergeur**² tout comme les **plates-formes de vidéos en ligne**³. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a considéré que *Wikimedia*, qui est un portail regroupant des sites d'informations, en particulier *Wikipedia*, était un **hébergeur** et non un éditeur de contenus⁴.

La définition de l'hébergeur n'est pas simplifiée par ces positions jurisprudentielles : en effet, les différents acteurs précités ont des fonctions assez différentes.

Dès lors, vos rapporteurs ne peuvent que réitérer ici les propositions visant en particulier à définir les nouveaux acteurs d'Internet formulées par notre collègue Jean-Pierre Sueur, rapporteur de la commission d'enquête précitée.

Le Conseil d'État dans son rapport relatif à Internet et les réseaux numériques avait d'ailleurs relevé que le mécanisme de « *responsabilité en cascade* » n'est pas adapté à la réalité d'Internet où un même acteur peut exercer plusieurs fonctions⁵.

Il pourrait être en effet justifié de définir ces acteurs cumulant plusieurs fonctions.

Proposition n° 14 : Préciser le statut des nouveaux acteurs d'Internet dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

¹ TGI Paris 20 avril 2010, pour Facebook ou CA Paris ordonnance du 12 juin 2013 pour Twitter.

² CA Paris, 26 janvier 2011, SAIF c/ Google.

³ Cass., Civ.1, 12 juillet 2012, n° 11-13669.

⁴ CA Paris, 14 juin 2016, Mme X. / Wikimedia Foundation Inc.

⁵ Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques, 1998, p. 121.

C. MIEUX RÉPARER LES PRÉJUDICES COMMIS SUR INTERNET

Les propositions ci-dessus visent à permettre une meilleure application sur Internet de dispositifs de droit commun et une réparation effective des préjudices nés de délits de presse.

1. Améliorer et adapter à Internet le droit de réponse

a) Créer un droit de réponse adapté à Internet

Il est apparu nécessaire aux rapporteurs d'adapter le droit de réponse à Internet, au-delà des dispositions en vigueur¹.

L'article 6-IV de la LCEN prévoit certes un mécanisme de **droit de réponse**, inspiré par le droit de réponse de la loi de 1881.

Cette possibilité est offerte à toute personne « *nommée ou désignée* » dans un service de communication en ligne. Cette demande doit être adressée dans les **trois mois** suivant la mise en ligne du contenu au directeur de la publication si l'éditeur de contenu est un professionnel. Si l'éditeur de contenu n'est pas un professionnel, la demande est adressée à l'hébergeur ou au fournisseur d'accès qui la transmet au directeur de publication.

À la réception de la demande, le directeur de la publication dispose de **trois jours** pour mettre en ligne la réponse.

L'article 6-IV renvoie à l'article 13, relatif au droit de réponse en matière de presse écrite pour les modalités, en particulier le caractère gratuit de cette prestation.

Ce droit de réponse est cependant d'une **efficacité variable**. Le délai de trois jours pour publier la réponse à compter de sa réception est mis à mal par l'absence de délai imparti au fournisseur d'hébergement pour transmettre la réponse au directeur de la publication. Par ailleurs, le délai de trois mois pour l'exercice du droit de réponse est discutable en raison de la persistance des contenus litigieux et de l'existence de liens hypertextes.

À ce jour, une seule condamnation a été prononcée pour le refus d'insertion d'une réponse d'une personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne

¹ Le droit de réponse sur Internet est actuellement régi par les dispositions de la LCEN, et plus particulièrement par le décret d'application n° 2007-1527 du 24 octobre 2007 relatif au droit de réponse applicable aux services de communication au public en ligne et pris pour l'application du IV de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Il semble difficile d'en améliorer l'effectivité autrement qu'en harmonisant, par cohérence avec l'augmentation des délais de prescription sur Internet, **le délai dans lequel ce droit de réponse peut être formulé par la personne mise en cause.**

Proposition n° 15 : Augmenter le délai dont dispose une personne pour demander un droit de réponse sur Internet

b) Créer une peine complémentaire de publication de la réponse sur un site condamné

Par ailleurs, la réparation du préjudice par l'insertion de la décision sur le site sur lequel l'infraction a été commise, sur le modèle de ce qui existe en matière de presse écrite n'existe pas actuellement sur Internet.

Dans une recommandation du 24 janvier 1995, la Commission nationale Informatique et libertés préconisait, pour les traitements journalistiques et rédactionnels des données personnelles, la « *mise en place systématique d'un lien informatique entre l'article faisant l'objet d'une rectification, d'un droit de réponse ou d'une décision judiciaire définitive et les précisions apportées*¹ ».

Or la cour de cassation a censuré l'arrêt d'une cour d'appel ayant condamné un éditeur de contenu condamné pour diffamation à une peine complémentaire de diffusion sur le site Internet de la diffusion de l'arrêt pendant une durée donnée² au motif qu'une telle peine complémentaire n'était pas prévue par la loi du 29 juillet 1881.

Toutefois, cette peine complémentaire pourrait permettre une forme de réparation du dommage causé, et justifie donc qu'une telle peine complémentaire puisse être prévue.

Le Conseil d'État, dans son rapport relatif au numérique en 1998 avait d'ailleurs suggéré la création de ce type de peine complémentaire : « *Il apparaît souhaitable d'étendre le champ d'application de ces dispositions, à la fois à de nouveaux supports mais aussi à de nouvelles infractions. Il pourrait ainsi être ajouté que si l'infraction a été commise sur un support de communication au public, le juge peut prononcer à titre complémentaire la diffusion de la décision sur ce même support* »³.

Proposition n° 16 : Créer une peine complémentaire de diffusion de la décision condamnant un directeur de publication sur son support de communication en ligne

¹ Une ordonnance du 25 juin 2009 du tribunal de grande instance de Paris a ordonné à l'éditeur d'un site web de prendre toute mesure propre à assurer que la consultation en ligne d'un article depuis son fonds d'archives « s'accompagne d'un texte joint qui devra être immédiatement accessible par un lien hypertexte, depuis la page consultée » au titre du droit de suite.

² Cass. Crim. 3 novembre 2015, pourvoi n° 13-82645.

³ Rapport CE, p. 134-135.

L'efficacité d'une telle peine complémentaire doit toutefois être relativisée : elle ne devrait être mise en œuvre efficacement qu'à l'encontre des **éditeurs professionnels de contenus**, soumis à des obligations d'identification permettant d'assurer le respect de cette peine complémentaire, les éditeurs non-professionnels de contenus pouvant, là encore, se soustraire à leurs obligations derrière l'anonymat.

2. La pertinence des dispositions du droit des données personnelles, pour réparer les dommages à la réputation, en question

La nécessité d'une évolution de la loi du 29 juillet 1881 peut s'évaluer à la lumière de l'apparition éventuelle de nouveaux outils juridiques permettant de lutter contre les dommages faits à la réputation.

Depuis la décision du 13 mai 2014 de la Cour de justice de l'Union européenne, *Costeja /Google Spain* sur les conditions d'exercice du droit au déréférencement, nombre de praticiens s'interrogent sur la place à donner aux outils de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 et du droit européen, notamment le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel*.

Les droits reconnus aux individus à l'égard des traitements de données à caractère personnel

La section 2 du chapitre V de la loi informatique et libertés est consacrée aux droits individuels reconnus aux personnes s'agissant de la maîtrise et de la protection de leurs données personnelles.

Ces droits se décomposent en trois catégories.

Le droit d'opposition (article 38)

Tout individu peut s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que ses données personnelles fassent l'objet d'un traitement quelconque. Ce droit d'opposition est renforcé lorsque le traitement en cause est utilisé pour la prospection commerciale. En revanche, il cède devant les traitements répondant à une obligation légale.

Le droit d'accès et de communication (article 39)

Tout individu a le droit d'être informé par le responsable de traitement, d'une part, du fait que ce traitement porte ou non sur ses données personnelles, d'autre part, de la finalité dudit traitement et, enfin, de l'éventuel transfert de ses données vers un État qui n'appartient pas à l'Union européenne. Il a aussi le droit de recevoir les informations nécessaires pour connaître et contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé s'il en résulte la prise d'une décision le concernant.

Ce droit d'accès et d'information s'accompagne d'un droit à se voir communiquer, sous une forme accessible, les données à caractère personnel qui le concerne, et, le cas échéant, à en recevoir une copie.

Une limite est fixée à l'exercice de ce droit : le responsable de traitement n'a pas à répondre aux demandes manifestement abusives.

Le droit de rectification et d'effacement (article 40)

Tout individu peut exiger du responsable de traitement que ses données à caractère personnel soient rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées lorsqu'elles sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou lorsque leur collecte, leur utilisation, leur communication ou leur conservation sont en réalité interdites.

La rectification ou l'effacement sont en principe à la charge du responsable de traitement, qui doit en justifier. Le cas échéant, il doit indiquer au tiers auquel il a transmis ces données les modifications auxquelles il a procédé.

Source : rapport n° 534 (2015-2016) de M. Christophe-André FRASSA sur le projet de loi pour une République numérique

Ces textes garantissent un droit d'opposition de rectification et d'effacement des données à caractère personnel, équivoques, ou périmées.

Cependant, l'article 67 de la loi du 6 janvier 1978 précise que celle-ci ne fait pas obstacle « à l'application des dispositions du code civil, des lois relatives à la presse écrite ou audiovisuelle et du code pénal, qui prévoient les conditions d'exercice du droit de réponse et qui préviennent, limitent, réparent et, le cas échéant, répriment les atteintes à la vie privée et à la réputation des personnes ».

Depuis la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, seules trois obligations de la loi Informatique et libertés sont applicables aux organes de presse : l'obligation de mise à jour, le respect du droit d'opposition pour motifs légitimes et l'obligation de déclaration des fichiers informatisés sauf si un correspondant informatique et libertés est désigné.

Les conséquences de cette articulation sont néanmoins incertaines.

Dans son rapport annuel de 2015, la Commission nationale de l'informatique et des libertés relevait que dès 1994, « la CNIL a pris conscience des difficultés que pouvait poser l'application de la loi [du 6 janvier 1978] à la presse ». Elle relevait qu' « en dépit de ces dispositions explicites, **l'application à la presse de la loi Informatique et Libertés**, et, notamment, du droit d'opposition aux organes de presse **a pu être contestée** au motif que les éventuelles atteintes à la liberté de la presse, constitutionnellement protégée, doivent nécessairement bénéficier des garanties instituées par la loi du 29 juillet 1881 (formalisme des demandes et des actes de procédure, délais de rigueur, prescriptions courtes, etc.). »

Dans une ordonnance de référé du 13 mai 2016, le tribunal de grande instance de Paris a enjoint Google Inc. à supprimer le lien vers une « url¹ » donnant accès à un contenu destiné à nuire à une personne, considérant que « *le référencement de ce lien, en première page des résultats générés en entrant ses nom et prénom dans le moteur de recherche Google, a directement porté atteinte au droit à la protection de ses données personnelles, sans que cette atteinte soit légitimée par le droit à l'information légitime du public.* ». Dans cette affaire, Google avait refusé de déréférencer les liens litigieux au motif qu'elles étaient « pertinentes et à jour ».

Or les données doivent également être « *adéquates, non excessives, exactes, et complètes* », et toute personne concernée peut s'opposer pour des motifs légitimes à une telle publication.

À l'inverse, dans une décision du 12 mai 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que la suppression d'une information personnelle (en l'espèce, une décision de justice) sur le site internet d'un organe de presse ou même la restriction de l'accès à cette information par un déréférencement sur le fondement du droit à l'oubli, excédait « *les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de la presse* ».

Au-delà de l'équilibre à rechercher entre information du public et protection de la vie privée, la loi du 6 janvier 1978 est parfois **privée d'effet en raison de la primauté de la loi du 29 juillet 1881 qui ne peut être contournée par la jurisprudence.**

Le rapport public de la CNIL pour l'année 2015 regrettait que « *la reconnaissance du droit au déréférencement [ait] pu donner l'impression que cette nouvelle procédure se substituait à l'exercice du droit d'opposition auprès des organes de presse* ».

Nombre d'ordonnances du tribunal de grande instance de Paris² relèvent ainsi la nullité d'assignations de moteurs de recherche à des fins de suppression de liens, formulées sur le fondement du droit à l'oubli, au motif que « *les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être contournées* » et que la procédure de celle-ci devrait s'appliquer à la forme de ces assignations.

En l'espèce, cela impose un formalisme excessif tel que la précision des faits incriminés, la détermination pour chaque url de ceux qui seraient injurieux et ceux qui seraient diffamatoires, une dénonciation au préalable au procureur de la République ou encore l'obligation au préalable d'assigner un responsable personne physique dont l'identité n'est que rarement connue.

¹ URL signifie Uniform Resource Locator ; c'est une adresse, un identifiant permettant d'adresser les ressources d'Internet, principalement des « pages » ou des « sites web » de manière standardisée.

² Par exemples, ordonnances du 8 décembre 2014 et du 10 juillet 2015 citées par Fabienne Siredey-Garnier, « Le droit à l'oubli et la loi du 29 juillet 1881 », *Légipresse* n°334, janvier 2016.

L'application effective du droit des données personnelles semble plaider pour une révision de la loi du 6 janvier 1978 affirmant le droit au retrait et à l'effacement des données. Dès 2009, nos collègues Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier plaidaient pour la reconnaissance d'un droit à l'oubli, qui pourrait s'exercer devant le juge « à tout moment ».¹

Proposition n° 17 : Permettre l'application de l'ensemble des droits associés à la libre disposition des données personnelles prévues par la loi du 6 janvier 1978, et notamment le droit à l'oubli.

3. Permettre la réparation du préjudice sur le fondement de l'article 1382 du code civil

Si l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen souligne que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme* », il précise également que tout citoyen doit également répondre des « *abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ».

La responsabilité de tout citoyen à répondre des préjudices qu'il occasionne par un abus de la liberté d'expression n'est pourtant pas établie en droit français, l'action civile en matière de presse étant sujette à de nombreuses contraintes.

En effet, la Cour de cassation a progressivement appliqué aux assignations en matière de presse devant le juge civil, l'ensemble des contraintes procédurales de la loi du 29 juillet 1881².

Dans une décision du 15 février 2013 de l'Assemblée plénière, la Cour de cassation a même appliqué à une assignation délivrée devant le juge civil l'exigence, posée par l'article 53 de la loi de 1881, selon laquelle à peine de nullité, une citation doit être adressée au préalable au ministère public, qualifier le fait incriminé et préciser le texte applicable.

Si l'application de l'article 53, y compris dans les procédures de référé civil n'est pas apparue manifestement déséquilibrée au Conseil constitutionnel³, elle freine pourtant indéniablement le droit à la réparation d'un dommage.

¹ Rapport d'information n° 441 (2008-2009) de M. Yves Détraigne et Mme Anne-Marie Escoffier, « La vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information ».

Voir le lien : http://www.senat.fr/rap/r08-441/r08-441_mono.html

² La Cour de cassation a d'abord appliqué au procès civil les dispositions relatives à la qualification des faits. Dès 1983, elle impose la prescription trimestrielle (article 65 de la loi de 1881) aux actions civiles fondées sur l'article 1382 du code civil. Elle a ensuite appliqué l'article 55 de la loi 1881, à savoir l'exceptio veritatis en matière de diffamation devant le juge civil. Dans un arrêt du 19 février 1997, elle impose toutes les règles procédurales issues de la loi du 29 juillet 1881 au procès civil de presse.

³ Décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013.

Ce mouvement a de nouveau été amplifié par deux arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000¹ selon laquelle « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil* », ce qui exclut toute autre réparation que celle associée à la condamnation pour une infraction de presse. Le champ possible de la réparation a une nouvelle fois été réduit par un arrêt de la première chambre civile du 27 septembre 2005 excluant également l'application de l'article 1382, **même en l'absence d'infraction à la loi sur la presse** susceptible de qualifier l'abus de la liberté d'expression en cause.

Cette « *éradication totale de la responsabilité civile de droit commun dans le champ de la liberté d'expression*² » est très critiquée par la doctrine.

En premier lieu, cette conception restrictive de la sanction des abus de la liberté d'expression va à l'encontre de l'intention des rédacteurs de la loi du 29 juillet 1881, dont les principales contraintes procédurales ont été écrites pour les seules actions répressives. « *L'action civile devant les tribunaux civils ne peut être évidemment régie que par les règles du code de procédure civile* » écrivait Georges Barbier dans le code expliqué de la presse en 1911.

De plus, cette jurisprudence offre une immunité *de facto* aux auteurs de fautes manifestes et prive ainsi les victimes d'un droit naturel à réparation. Sans fondement légal, elle prive d'un accès au juge pour établir une responsabilité civile pour faute, au nom de la supériorité de la liberté d'expression sur les droits de la personnalité, dont le droit à la vie privée.

Cet état du droit comporte en outre un effet surprenant puisque les personnes attirées devant le juge civil préfèrent reconnaître l'existence d'un délit de presse (donc pénal), afin de bénéficier notamment de la prescription trimestrielle.

Afin d'assurer un plus juste équilibre entre la liberté d'expression et les droits de la personnalité, notamment le droit à la vie privée, il semble nécessaire de d'autonomiser la responsabilité civile pour tous les abus de la liberté d'expression.

Proposition n° 18 : Permettre une réparation des préjudices nés des abus de la liberté d'expression sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun (article 1382 du code civil) et exclure toute uniformisation des procédures d'assignation civiles sur les contraintes des dispositions répressives de la loi du 29 juillet 1881.

¹ Cour de cassation, assemblée plénière, 12 juillet 2000, n° 98-10.160 et n° 98-11.155.

² Selon l'expression de Christophe Bigot, cité par Geneviève Viney « *La sanction des abus de la liberté d'expression* », Recueil Dalloz, 2014, p. 787.

EXAMEN EN COMMISSION

Mercredi 6 juillet 2016

M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur. – Nous vous présentons un bilan de l'application de la loi du 29 juillet 1881 aux délits de presse commis sur Internet et le résultat de nos travaux pour rechercher un meilleur équilibre à cette loi.

La tâche est ardue : il n'est de plus subtil équilibre que celui recherché par ce texte, qui protège la liberté d'expression, droit constitutionnel fondamental, tout en prévenant ses abus. Comme l'avait souligné le ministre Jules Cazot en 1881, cette loi « *est une loi de liberté, telle que la presse n'en a jamais eu en aucun temps* ».

Afin de protéger la liberté d'expression, elle a institué un régime procédural original de répression des abus de cette liberté, caractérisé à la fois par des courts délais de prescription et par des exigences élevées de formalisme. En effet, le caractère éphémère de la presse papier impliquait une disparition rapide du support de l'infraction.

En contrepartie de ces fortes contraintes procédurales, a été mis en place un mécanisme de responsabilité en cascade facilitant la mise en cause d'un responsable. En premier lieu, c'est la responsabilité du directeur de publication ou de l'éditeur ayant autorisé la publication qui est recherchée ; puis, à défaut, celle de l'auteur de l'écrit ou, en dernier ressort, de l'imprimeur puis celle des distributeurs. Les articles 6 et 11 de la loi du 29 juillet 1881 imposent ainsi la désignation d'un directeur de publication et la mention de son identité sur tous les écrits.

Cet équilibre est remis en cause par Internet, dont le développement, et en particulier celui des supports de communication de grande ampleur comme les réseaux sociaux, entraîne une augmentation exponentielle des informations diffusées spontanément, de manière confidentielle et interactive. L'adaptation du régime de responsabilité aux acteurs de l'Internet, tel qu'il résulte de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, n'est pas satisfaisante.

Le régime de responsabilité applicable aux messages électroniques s'inspire du régime propre à la communication audiovisuelle qui identifie un auteur de contenus, puis un producteur, sans que leur responsabilité puisse être recherchée en cas de diffusion sans contrôle préalable, par exemple en direct. Si la désignation d'un directeur de publication est en principe obligatoire pour l'ensemble des contenus publiés sur Internet, le législateur a préservé l'anonymat des auteurs de contenus non professionnels. Or les abus

de la liberté d'expression sont principalement le fait de non-professionnels de la presse. De fait, ces auteurs anonymes ne peuvent être que très difficilement identifiés.

À défaut de mise en cause possible de l'auteur du contenu, la responsabilité du producteur de contenu devrait, en principe, être recherchée. Toutefois, en raison d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, les services de communication au public en ligne, comme les prestataires techniques sur Internet, bénéficient d'un régime de responsabilité limitée : leur responsabilité ne peut être engagée que s'ils ont eu connaissance de l'information illicite et qu'ils n'ont pas agi promptement pour la rendre inaccessible.

Dès lors, le régime de responsabilité ne permet pas, pour les délits commis sur Internet, l'identification systématique d'un responsable susceptible d'être mis en cause, contrairement aux délits commis par l'imprimerie. L'équilibre entre liberté d'expression et répression des abus de cette liberté n'est donc pas assuré sur Internet, au détriment des victimes de délits de presse. Or un délit de presse commis sur Internet dispose d'une audience et d'une persistance sans commune mesure avec ce qu'on observe en matière de presse écrite ou audiovisuelle.

Sans remettre en cause l'existence même de la loi du 29 juillet 1881, nous avons formulé plusieurs propositions pour rééquilibrer et simplifier le cadre juridique actuel. Tout en préservant la protection de la liberté d'expression, il s'agit de permettre une répression et une réparation effectives de ses abus en prenant en considération le fait que, sur Internet, leurs effets peuvent être beaucoup plus graves.

Si certaines propositions sont spécifiques aux délits commis sur Internet, d'autres prévoient une évolution des procédures de la loi du 29 juillet 1881, indépendamment du support de l'infraction.

Ces propositions s'organisent autour de trois axes : un rééquilibrage de la procédure de fond de la loi de 1881 au profit des victimes des abus ; la recherche d'un régime de responsabilité adapté plus adapté à Internet ; la réparation effective des préjudices commis par un abus d'expression sur Internet.

Pour rééquilibrer la procédure, nous souhaitons accorder au juge une plus grande maîtrise de l'instance. Les particularités procédurales conduisent régulièrement à mettre fin à des actions intentées, entretenant un sentiment d'impunité chez les auteurs de contenus illicites et un sentiment d'abandon chez les victimes. Cette place circonscrite de l'autorité judiciaire se justifiait pleinement en 1881 pour encourager la liberté d'expression et la liberté de la presse, mais le contexte a changé. Désormais, l'impossibilité pour le juge de requalifier les faits dont il est saisi ne se justifie plus et contribue à affaiblir très substantiellement les mécanismes répressifs de la loi

de 1881. Même s'il est mal qualifié, l'abus de la liberté d'expression existe bien.

Limiter ce retour au droit commun de la procédure pénale à un nombre restreint d'infractions de presse, comme le propose l'article 38 du projet de loi Égalité et citoyenneté actuellement en discussion à l'Assemblée nationale, compliquerait encore le régime de la loi de 1881 en créant une différence majeure dans la procédure selon les délits, ce qui rendrait cette loi incohérente. Il est préférable de permettre au juge de requalifier tous les délits de presse dont il est saisi.

En outre, l'extinction des poursuites entraînée par le désistement de la partie poursuivante fait courir un double risque d'instrumentalisation de la juridiction et de confusion de la politique pénale.

En revanche, il n'est pas justifié de remettre en cause le principe d'une plainte préalable de la victime d'un délit de presse, dans la mesure où la poursuite d'un délit est parfois plus dommageable que l'inaction.

Un renforcement du rôle du juge pourrait également passer par une spécialisation du contentieux. Indéniablement, le droit de la presse est technique. Le rapport Guinchard de 2008 soulignait que « *les actions fondées sur la loi du 29 juillet 1881 répondent à un formalisme procédural original et exigeant, que l'on qualifie généralement de chausse-trappe et qui donne lieu à une jurisprudence nourrie* ». De plus, le rapport relevait que les justiciables avaient tendance à sélectionner la juridiction la plus à même de leur donner satisfaction : le lieu de la commission de l'infraction étant également celui de la diffusion, il peut couvrir tout le territoire. M. Christophe Bigot nous a fait observer que le caractère technique du droit de la presse justifierait de réunir ce contentieux au sein de quelques tribunaux. Nous vous proposons donc de définir un tribunal de grande instance (TGI) compétent en matière de délit de presse par ressort de cour d'appel, comme cela a été fait pour les infractions commises par les militaires dans l'exercice du service.

Par ailleurs, une simplification et une actualisation de la loi du 29 juillet 1881 s'impose. Ainsi, le calcul variable des délais entre la citation et le jugement ne présente plus d'intérêt : ces règles pourraient être remplacées par un délai fixe. En outre, Internet les a en partie rendu caduques, puisque les contenus diffusés peuvent être vus dans n'importe quel point du territoire, ce qui permet d'attirer la personne mise en cause dans n'importe quelle juridiction.

Il serait également justifié de rapprocher la loi de 1881 du droit commun de la procédure pénale afin d'accélérer le traitement contentieux des infractions. Il semble en effet injustifié d'exclure le recours à la reconnaissance préalable de culpabilité comme à la composition pénale, puisqu'ils remplissent le double objectif de limiter les délais de jugement et de ne pas réitérer l'infraction de presse en la remettant en lumière à l'occasion d'un procès.

M. François Pillet, rapporteur. – Il faut également adapter le régime de prescription des délits de presse à la spécificité d'Internet. En effet, Internet accroît la persistance des contenus dans l'espace public et les rend plus accessibles.

Les systèmes dits pertinents de suggestion de termes et de mots clés sont susceptibles de faciliter, si ce n'est d'entraîner, la diffusion de propos susceptibles de constituer une infraction. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 2011, la Cour d'appel de Paris a condamné Google Inc. pour injure publique en raison de suggestions qui associaient le terme « escroc » à la raison sociale d'une société.

L'utilisation des algorithmes sur les réseaux sociaux entraîne également une large rediffusion. Ces systèmes se fondant sur l'influence potentielle d'un message, plus ce dernier est vu, plus sa durée de vie et sa mise en valeur par le réseau sera prolongée.

Enfin, l'indexation automatique ou forcée de pages internet par les moteurs de recherche augmente la portée des messages et réduit la faculté de les supprimer en raison des duplications qu'elle facilite.

Cet état de fait remet en cause la justification d'une courte prescription – trois mois – qui repose, en partie, sur le caractère éphémère et temporaire d'un écrit ou d'une parole, et appelle un traitement différencié pour le délai de prescription des infractions sur Internet. En 2008, M. Marcel-Pierre Cléach avait déposé au Sénat une proposition de loi visant à porter à un an la prescription pour les délits de presse commis sur Internet, sauf quand le contenu concerné a déjà été diffusé par la presse papier et audiovisuelle. Adopté le 4 novembre 2008 par le Sénat, ce texte n'a pas encore été examiné par l'Assemblée nationale. S'il semble justifié d'allonger les délais de prescription pour les délits d'injure et de diffamation publiques, même non aggravées, la question est moins évidente pour les contraventions d'injure et de diffamation non publiques.

La question des délais de prescription est indissociable de la fixation du point de départ de la prescription. Dans un arrêt du 15 décembre 1999, la Cour d'appel de Paris considérait encore les infractions de presse commises sur Internet comme des délits continus en raison de la persistance des contenus sur Internet. Néanmoins, par quatre arrêts, la Cour de cassation a réaffirmé que le délai de prescription de l'action publique courrait à compter du jour où « *le message a été mis en place pour la première fois à la disposition des utilisateurs* ».

Première difficulté : la prescription de l'action publique peut être acquise alors que l'écrit est toujours en ligne. Constatant la position de la Cour de cassation, les juges du fond ont développé d'autres jurisprudences visant à repousser le point de départ du délai de prescription sans pour autant assimiler les délits de presse à des infractions continues. Ainsi, à propos de la vente aux enchères en ligne sur le site Yahoo d'insignes nazis, la

17^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris avait considéré en 2002 que le point de départ de la prescription se situait à compter du premier jour de la mise à disposition de l'objet, mais que chaque mise à jour constituait une infraction nouvelle. De même, la Cour d'appel de Nancy a considéré en 2005 que « *chaque mise à jour constitue une réédition* ».

Cependant, dans deux décisions du 19 septembre 2006 et du 6 janvier 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme qu'en application de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, la prescription court à partir de la première mise en ligne, même lorsque le support fait l'objet d'une mise à jour, et qu'une nouvelle publication suppose « *la mise à disposition du public d'un message illicite sous une forme nouvelle (réédition) ou sur un nouveau support (reproduction) et ne se résume pas en l'amélioration de la publicité qui entoure la diffusion déjà en cours de ce message* ». Si cette jurisprudence est incontestablement conforme au principe de stricte interprétation de la loi pénale, elle heurte l'objectif légitime de la répression des infractions. Lors de l'examen de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le Parlement avait fixé le point de départ du délai de prescription d'un message diffusé exclusivement en ligne à la date de la fin de la mise à disposition au public de ce message. Le développement massif de réseaux sociaux et de technologies de l'information accessibles à tous nous impose de faire évoluer la jurisprudence : en 2004, Twitter n'existait pas et Facebook venait d'être fondé.

Plusieurs de nos propositions définissent un régime de responsabilité plus équilibré et plus adapté à Internet.

Nous estimons nécessaire d'établir des règles de déontologie communes à l'ensemble des journalistes professionnels. L'absence de telles règles et d'une structure professionnelle veillant au respect des principes posés est particulièrement regrettable dans un contexte où l'information accessible sur Internet est toujours plus abondante et où les difficultés liées à la propagation d'informations non vérifiées se sont aggravées. Sur Internet, la mise en place de telles règles aurait pour effet de conforter le statut des journalistes professionnels en les valorisant et en les distinguant clairement des auteurs de contenus non-professionnels.

Il semble également indispensable de redéfinir un régime de responsabilité spécifique. Le régime de responsabilité en cascade est difficile à appliquer à Internet en raison de l'anonymat des auteurs ou de la porosité des fonctions exercées par les acteurs. Il ne permet pas d'obtenir véritablement une réparation du préjudice causé. Dès lors, la conciliation des principes de liberté d'expression et de communication, d'égalité et de droit d'agir en responsabilité pour obtenir la réparation d'un dommage pourrait justifier de limiter le régime de responsabilité en cascade aux seuls contenus publiés par des auteurs professionnels –astreints à des obligations de publicité et d'identification sur le site – et, dans les autres cas, d'y substituer un régime permettant de rechercher directement la responsabilité de l'auteur

non professionnel. À l'exception du mécanisme de responsabilité en cascade, les autres règles de la loi de 1881 seraient néanmoins applicables aux éditeurs non-professionnels de contenus.

En second lieu, pour mieux poursuivre un auteur non-professionnel de contenus, les obligations de collecte des éléments d'identification par le fournisseur d'accès ou l'hébergeur doivent être renforcées. Il pourrait également être précisé dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) que ses dispositions s'appliquent à tout prestataire, même étranger, ayant une activité même secondaire en France ou y fournissant des services gratuits. D'une manière plus générale, il faut simplifier le régime de notification d'un contenu litigieux à un hébergeur.

Enfin, les catégories définies par la LCEN numérique ne sont plus adaptées aux réalités d'Internet. La multiplication d'acteurs nouveaux sur Internet 2004 – en particulier l'apparition des réseaux sociaux et leur développement particulièrement dynamique – pourrait justifier de les intégrer dans le dispositif de responsabilité en cascade.

La jurisprudence a apporté des réponses ponctuelles en assimilant par exemple un réseau social à un hébergeur : la Cour de cassation a considéré qu'un moteur de recherche était un hébergeur, tout comme les plates-formes de vidéos en ligne. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a considéré que Wikimedia, qui est un portail regroupant des sites d'informations, dont Wikipedia, était un hébergeur et non un éditeur de contenus. La définition de l'hébergeur n'est pas simplifiée par ces positions jurisprudentielles, et une clarification législative s'impose.

Nos trois dernières propositions visent à mieux appliquer sur Internet des dispositifs de droit commun et à réparer effectivement les préjudices nés de délits de presse.

En premier lieu, il faut adapter le droit de réponse en augmentant le délai dont dispose une personne pour demander un droit de réponse sur Internet, par cohérence avec l'augmentation des délais de prescription. La réparation du préjudice par l'insertion de la décision sur le site sur lequel l'infraction a été commise, sur le modèle de ce qui existe en matière de presse écrite, n'existe pas sur Internet. En effet, la Cour de cassation a censuré un arrêt en ce sens au motif qu'une telle peine complémentaire n'était pas prévue par la loi du 29 juillet 1881. Par une construction intellectuelle un peu fragile, on a appliqué la loi de 1881 à des situations qu'elle n'avait par définition pas envisagées... Une telle peine pourrait toutefois constituer une forme de réparation morale du dommage causé et mettre fin au conflit. Le Conseil d'État, dans son rapport relatif au numérique de 1998, l'avait d'ailleurs suggéré.

De nouveaux outils juridiques sont apparus pour lutter contre les dommages faits à la réputation. Depuis la décision du 13 mai 2014 de la Cour de justice de l'Union européenne sur le droit au déréférencement, nombre de

praticiens s'interrogent sur la place à donner aux outils de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 et à ceux du droit européen, notamment le règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel, qui garantissent un droit d'opposition de rectification et d'effacement des données à caractère personnel, incorrectes, équivoques ou périmées.

Or, l'article 67 de la loi du 6 janvier 1978 précise que son texte ne fait pas obstacle à l'application des dispositions du code civil, des lois relatives à la presse écrite ou audiovisuelle et du code pénal, qui prévoient les conditions d'exercice du droit de réponse et qui préviennent, limitent, réparent et, le cas échéant, répriment les atteintes à la vie privée et à la réputation des personnes.

L'articulation entre les différentes lois est donc incertaine, comme le montre l'ordonnance de référé du 13 mai 2016 du tribunal de grande instance de Paris relative à Google Inc. ou, à l'inverse, la décision du 12 mai 2016 par laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que la suppression d'une information personnelle erronée sur le site internet d'un organe de presse ou même la restriction de l'accès à cette information par un déréférencement sur le fondement du droit à l'oubli, « *excédait les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de la presse* ».

La loi du 6 janvier 1978 est parfois privée d'effet en raison de la primauté de la loi du 29 juillet 1881 qui ne peut être contournée par la jurisprudence. Nombre d'ordonnances du tribunal de grande instance de Paris relèvent ainsi la nullité d'assignations de moteurs de recherche à des fins de suppression de liens, formulées sur le fondement du droit à l'oubli, au motif que « *les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être contournées* ».

Cela impose un formalisme excessif. L'application effective du droit des données personnelles semble plaider pour une révision de la loi du 6 janvier 1978 affirmant le droit au retrait et à l'effacement des données. Dès 2009, M. Yves Détraigne et Mme Anne-Marie Escoffier plaidaient pour la reconnaissance d'un droit à l'oubli qui pourrait s'exercer à tout moment devant le juge.

Notre dernière proposition vise à permettre la réparation du préjudice né d'un délit de presse sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Si l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen souligne que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme* », il précise également que tout citoyen doit également répondre des « *abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ». La responsabilité de tout citoyen à répondre des préjudices qu'il occasionne par un abus de la liberté d'expression n'est pourtant pas établie

en droit français, l'action civile en matière de presse étant sujette à de nombreuses contraintes.

En effet, la Cour de cassation a progressivement appliqué aux assignations en matière de presse devant le juge civil l'ensemble des contraintes procédurales de la loi de 1881. Elle a même appliqué à une assignation délivrée devant le juge civil l'exigence, posée par l'article 53 de cette loi, selon laquelle, à peine de nullité, une citation doit être adressée au préalable au ministère public, qualifier le fait incriminé et préciser le texte applicable.

Si l'application de cet article 53, y compris dans les procédures de référé civil, n'est pas apparue manifestement déséquilibrée au Conseil constitutionnel, elle freine indéniablement le droit à la réparation. Ce mouvement a été amplifié par deux arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000 excluant toute autre réparation que celle associée à la condamnation pour une infraction de presse. Le champ possible de la réparation a une nouvelle fois été réduit par un arrêt de 2005 excluant également l'application de l'article 1382, même en l'absence d'infraction à la loi sur la presse susceptible de qualifier l'abus de la liberté d'expression en cause.

Cette éradication totale de la responsabilité civile de droit commun dans le champ de la liberté d'expression est très critiquée par la doctrine. Cette conception restrictive de la sanction des abus de la liberté d'expression va à l'encontre de l'intention des rédacteurs de la loi du 29 juillet 1881, dont les principales contraintes procédurales ont été écrites pour les seules actions répressives. « *L'action civile devant les tribunaux civils ne peut être évidemment régie que par les règles du code de procédure civile* » écrivait Georges Barbier dans le Code expliqué de la presse, en 1911. Cette jurisprudence offre *de facto* une immunité aux auteurs de fautes manifestes et prive les victimes d'un droit naturel à réparation. Sans fondement légal, elle prive d'un accès au juge pour établir une responsabilité civile pour faute, au nom de la supériorité de la liberté d'expression sur les droits de la personnalité, dont le droit à la vie privée. Cet état du droit entraîne des effets surprenants, puisque les personnes attirées devant le juge civil préfèrent reconnaître l'existence d'un délit de presse – relevant du droit pénal – afin de bénéficier de la prescription trimestrielle et d'éviter d'être assignées !

Afin d'assurer un plus juste équilibre entre la liberté d'expression et les droits de la personnalité, notamment le droit à la vie privée, il est nécessaire d'autonomiser le régime de responsabilité civile, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, pour l'ensemble des abus de la liberté d'expression.

M. Philippe Bas, président. – C'est une mission passionnante, dont vous vous êtes acquittés avec efficacité.

M. Alain Anziani. – Comme il est d’usage, mais avec conviction, je félicite les rapporteurs qui s’attaquent là à un monument. J’avoue aimer le charme discret du droit de la presse. Je comprends toutefois votre souhait de le simplifier pour permettre au droit de s’appliquer. Cela dit, votre proposition de permettre à la juridiction de requalifier les faits est un vrai bouleversement de la loi de 1881. Actuellement, la partie poursuivante doit qualifier le fait : injure ou diffamation. Désormais, elle n’aura plus à distinguer entre les deux qualifications ; ce sera au tribunal de le faire, comme de dire si les faits concernent une personne chargée d’une mission ou d’un mandat publics ou un citoyen ordinaire.

Certes, la situation actuelle entraîne parfois des paradoxes, des injustices. Mais ce bouleversement aura des conséquences procédurales : actuellement, on peut apporter la preuve de la vérité du fait diffamatoire dans les dix jours. Que deviendra cet appareil de procédures propre au droit de la presse ?

M. Jean-Pierre Sueur. – Je félicite chaleureusement les deux rapporteurs. J’ai été frappé, à l’occasion de l’examen de la loi sur le terrorisme, des virulentes attaques dont nous avons été l’objet de la part de personnes qui considèrent qu’Internet doit être exclu de la sphère du droit, que l’on doit pouvoir tout diffuser, que l’anonymat – sous couvert duquel se mènent les opérations les plus condamnables – ne saurait souffrir de limites.

Je souhaite que votre travail précieux aboutisse à un texte législatif. Il est sage de ne toucher que d’une main tremblante à la grande loi de 1881, mais des mesures s’imposent. Notamment, il me paraît nécessaire d’établir précisément la responsabilité de la personne responsable de la diffusion, qu’il s’agisse de l’hébergeur ou du moteur de recherche.

Votre proposition concernant la prescription est particulièrement opportune, qui englobe les diffusions successives du message. Nous avons vu comment notre proposition de loi sur les sondages est contournée par certains instituts de sondages, qui respectent l’obligation de publier la marge d’erreur lors d’une première diffusion confidentielle sur Internet puis s’en exonèrent lors de la parution du sondage dans les journaux !

Il me semble que la création d’un ordre des journalistes serait mal vécue dans la profession. Le problème tient surtout aux auteurs de contenus non professionnels qui diffusent sous couvert d’anonymat. En revanche, je salue votre proposition concernant la publication d’un droit de réponse ordonnée par la justice – c’est bien la moindre des choses !

M. François Bonhomme. – Le déferlement continu d’affaires qui prennent leur source dans les réseaux sociaux donne le vertige. Alain Finkielkraut a qualifié Internet de « *vide-ordure planétaire* » : s’il est intéressant de réfléchir à un régime de responsabilité spécifique, je doute de notre capacité à apporter une réponse législative pour organiser le traitement des déchets ! Chacun se faisant journaliste ou prescripteur d’opinion, les

frontières sont diluées : on use et on abuse de la liberté d'expression. D'où la nécessité de distinguer l'hébergeur de l'éditeur de contenu. Il y a le droit à l'oubli, mais aussi « *le droit de ne pas savoir* », pour citer Soljenitsyne.

Quel élu n'a pas fait l'objet de propos injurieux qu'il a préféré traiter par le mépris, renonçant aux poursuites ? Je crains qu'on ne s'oriente vers un modèle à l'anglo-saxonne, où cohabitent informations vérifiées et non vérifiées...

M. Alain Vasselle. – Les rapporteurs ont eu beaucoup de mérite de s'intéresser à un sujet aussi complexe. Comment sanctionner les non-professionnels qui font tout et n'importe quoi sur Internet ? Quelle réponse apporter à la demande des victimes ? Qui contrôle la presse écrite ? Un exemple personnel : un journal m'a cité parmi les parlementaires les moins actifs, en prenant pour période de référence la durée de la mandature – alors que je suis arrivé au Sénat en cours de mandat, en remplacement de Philippe Marini ! Même chose pour mon collègue du Vaucluse, Alain Dufaut. Le rectificatif, aussi succinct que tardif, n'était pas proportionné au préjudice subi. Quelle action peut-on avoir contre ces comportements qui jettent l'opprobre sur les parlementaires ?

M. François Zocchetto. – Les évolutions techniques entraînent de tels bouleversements qu'elles justifient de revisiter notre droit de la presse. Je remercie les rapporteurs de s'être intéressés à ces difficiles questions – à commencer par la définition de la liberté d'expression.

Le temps judiciaire n'est pas le temps d'Internet. Dans un monde qui favorise la culture du mensonge et de l'anonymat, susceptible d'exacerber les tensions que connaît notre société, cela entame la confiance des citoyens dans leurs institutions : quand la justice n'est pas capable de réparer le préjudice, on ne croit plus au système.

Il faut distinguer les auteurs professionnels des autres, oui, mais le système de responsabilité en cascade me laisse dubitatif. Assez vite, la victime abandonne et préfère se tourner vers l'avenir – mais sur Internet, le passé, c'est le présent permanent ! En matière de prescription, la jurisprudence se cherche, puisque la législation est impuissante, et le régime n'est pas clairement défini. Je regrette que l'infraction continue ait été écartée. En tout cas, notre mission, elle, est quasi-permanente !

Mme Catherine Tasca. – À mon tour de féliciter les rapporteurs pour ce travail : il soulève bien des questions qu'il faudra approfondir avant de légiférer. En tant que ministre de la communication, j'ai toujours plaidé pour la liberté la plus extensive de la presse mais le phénomène Internet n'est pas assimilable à la presse traditionnelle. Depuis plus de dix ans progresse l'idée qu'Internet ne saurait être soumis à aucune règle. Il ne sera pas simple d'inscrire ces propositions dans la loi...

La priorité est de cerner la responsabilité des professionnels, en les associant à cette démarche. L'absence de cadre est préjudiciable au

développement des métiers de la presse et de la communication. Certes, tenter de limiter la liberté de ces professionnels, c'est marcher sur des œufs, mais il en va de notre intérêt à tous.

M. Yves Détraigne. – À mon tour de remercier et de féliciter les rapporteurs. Leur travail s'inscrit dans la suite de celui que j'avais mené avec Mme Escoffier sur la protection de la vie privée à l'heure des mémoires numériques – qui nous avait ouvert les yeux sur des choses inimaginables !

Nous serons toujours dépassés par les évolutions technologiques qui font fi des frontières. Je ne me fais guère d'illusion sur un accord international : les intérêts géostratégiques des grands États les inciteront toujours à engranger l'information qui circule sur Internet... D'où le questionnement autour des grandes lois de la République sur les libertés individuelles, à commencer par la liberté d'expression et la liberté de la presse. Ce rapport est fondamental, nous n'avons pas fini d'y revenir !

M. Pierre-Yves Collombat. – Merci aux rapporteurs de s'être plongés dans le trou noir d'Internet.

Est-il judicieux de faire perpétuellement assaut de transparence quand cela ne sert qu'à alimenter un flux continu de prétendues informations, qui assimilent par exemple l'IRFM à du *black* ? Patrimoine, présence des parlementaires : il y a de quoi s'amuser !

Dans la presse écrite, c'est le directeur de la publication qui est responsable. Sur Internet, je ne vois pas d'autre solution que de rendre le propriétaire ou le gestionnaire du site pénalement responsable de ce qu'il laisse publier...

M. André Reichardt. – Je remercie les rapporteurs pour leurs intéressantes propositions – même s'il ne sera pas aisé de les traduire dans la loi. En effet, il faut définir les acteurs concernés, cerner la responsabilité des uns et des autres. Comment définir ces gens – toujours les mêmes, officiellement des particuliers – qui s'érigent en experts plus ou moins éclairés, dont les analyses, souvent lapidaires, ne reposant sur rien, sont pourtant largement diffusées ? Comment qualifier ces blogs privés devenus professionnels à force d'essaimer ? Comment responsabiliser leurs auteurs, les sanctionner le cas échéant ?

M. Alain Richard. – Il est judicieux de porter ces problèmes de principe et ces outils juridiques devant notre réflexion – malgré le sentiment d'impuissance qui nous étirent. La loi de 1881 est un moment historique de la construction de la République : c'était la confrontation de la libre expression des professionnels de l'information et du pouvoir central, la fin de la censure qu'avait maintenue l'Assemblée nationale de 1871, à majorité réactionnaire.

M. Philippe Bas, président. – Conservatrice.

M. Alain Richard. – Monarchiste.

Le débat actuel n'est plus celui-là. L'émergence d'une loi internationale est entravée par la difficulté à instaurer une législation partagée entre des sociétés où l'expression est libre et d'autres qui pratiquent la censure. Comment imaginer une convention internationale avec la Chine sur la liberté d'expression ?

En théorie, le droit est ce qui permet de surmonter les rapports de force purs. Or il manque de prise sur ces systèmes globalisés. Mon intuition est que seule la responsabilité civile rétablira, à terme, un minimum de régulation dans le champ international, le jour où quelqu'un obtiendra réparation de la part d'un manipulateur d'opinion en ligne - ce qui supposera des moyens et de la détermination. La responsabilité civile a l'avantage d'exister dans tous les systèmes de droit !

N'ayons pas l'imprudence de penser que les outils respectables mais obsolètes de la loi de 1881 nous protègent et d'exclure la responsabilité civile du champ de la circulation de l'information et de l'opinion.

M. Philippe Bas, président. - Nul doute que ce débat intéressera un large public.

M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur. - Merci de vos remarques et observations. Vos questions sont pertinentes, nous nous les sommes posées nous-mêmes. Nous nous attaquons, en effet, à un monument, et ce rapport n'a pas la prétention d'épuiser le sujet. Nous avons cherché à faire un pas, avec quelques premières préconisations. La discussion ne fait que commencer.

La possibilité pour le juge de requalifier les faits est motivée par le souci d'apporter une meilleure réponse aux victimes de propos diffamatoires, afin qu'elles puissent obtenir réparation. Nous recherchons l'équilibre délicat entre la liberté d'expression et la nécessité de punir son abus. Sans remettre en question l'architecture de la loi de 1881, on doit pouvoir évoluer assez rapidement sur la prescription ou la requalification des faits par le juge. Il faudra pour cela s'atteler à une proposition de loi ou trouver un véhicule législatif...

M. François Pillet, rapporteur. - Je note un accord global - dont M. Richard a parfaitement fait la synthèse - sur l'inadaptation de la loi de 1881 à la situation créée par le flot d'informations, vraies et souvent fausses, qui déferle sur Internet. Il y a une distinction fondamentale à établir entre professionnels et non professionnels : les premiers ne posent guère problème, même si une certaine presse fait régulièrement l'objet de condamnations. La difficulté vient de ceux qui s'autoproclament révéléateurs de vérité et juges suprêmes.

Chaque minute, 4 millions de recherches sur Google, 2,5 millions de contenus échangés sur Facebook, 347 000 photos, 270 000 tweets ! Robert Badinter comme François Zocchetto nous ont déjà prévenus, dans des

travaux antérieurs, que ce phénomène nous obligerait à avoir une réflexion, voire à modifier la loi.

Monsieur Sueur, il me semble difficile d'instituer la responsabilité pour autrui, s'agissant de blogs ou des forums où l'on ne peut identifier l'auteur des propos...

M. Jean-Pierre Sueur. – C'est de la responsabilité du diffuseur.

M. François Pillet, rapporteur. – Cela supposerait qu'il y ait un modérateur 24 heures sur 24, ce qui paraît difficile à mettre en œuvre. En revanche, nous proposons de faciliter le droit de réponse.

M. Pierre-Yves Collombat. – Mais tout le monde s'en moque...

M. François Pillet, rapporteur. – La réponse réside sans doute dans la responsabilité civile : l'article 1382 du code civil suffit !

Ce rapport d'information a ses limites, dont nous sommes conscients. Il vise à éclairer sur les problèmes graves que fait encourir Internet au regard des libertés que nous défendons au Sénat. Ce n'est que le début. Nous aurons beaucoup de plaisir, avec Thani Mohamed Soilihi, à vous présenter une proposition de loi au terme de la réflexion commune que je vous invite à avoir.

M. Philippe Bas, président. – Ce rapport ne manquera pas de provoquer les réactions des internautes, qui – je le redis – sont nos amis !

La commission autorise la publication du rapport d'information.

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES ET DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES

Ministère de la justice

Direction des affaires criminelles et des grâces

Mme Béatrice Bossard, sous-directrice de la justice pénale générale

M. Olivier Christen, sous-directeur de la justice pénale spécialisée

M. Jean-Luc Blachon, chef de mission de coordination de lutte contre les atteintes à la probité et à la cybercriminalité

M. Florent Boura, chef du bureau de la politique pénale générale

M. Vincent Sizaïre, adjoint au chef du bureau de la législation pénale générale

17^{ème} chambre du tribunal de grande instance de Paris

Mme Fabienne Siredey-Garnier, présidente

Table ronde de magistrats

Mme Myriam Quemener

M. Stéphane Almaseanu

M. David Bénichou

Ministère de l'intérieur

Lutte contre les cybermenaces

M. Jean-Yves Latournerie, préfet

Direction des libertés publiques et des affaires juridiques

M. Hugues Courtial, chef du bureau des questions pénales

Préfecture de police de Paris - Brigade d'enquête sur les fraudes aux technologies de l'information

Mme Sylvie Sanchis, commissaire de police

Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information

M. Guillaume Poupard, directeur général

M. Christian Daviot, conseiller stratégique

Commission nationale de l'informatique et des libertés

M. Édouard Geffray, secrétaire général

M. Alexandre Linden, personnalité qualifiée

Mme Tiphaine Inglebert, conseillère pour les questions institutionnelles et parlementaires

Personnalités qualifiées

M. David Znaty, expert près de la Cour de cassation

M. Christophe Bigot, avocat

Universitaires

Mme Frédérique Chopin

Mme Sophie Sontag Koenig

M. Emmanuel Derieux

Direction des systèmes d'information du Sénat

Mme Caroline Boussion, administrateur

M. Charles Delorme, informaticien

Contributions écrites

Direction des affaires civiles et du sceau

Direction centrale de la police judiciaire - Sous-direction de la lutte contre la cybercriminalité

Syndicat de la magistrature

Conseil national des barreaux

Association française des prestataires de l'Internet

Iliad/Free

Google France

ANNEXE 1
MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PÉNALE PAR UNE PLAINTÉ
PRÉALABLE DE LA VICTIME

Victime	Initiative du déclenchement de l'action pénale	Référence
Injure ou diffamation envers les cours, tribunaux, armées de terre, de mer et de l'air, les corps constitués et les administrations publiques (infraction de l'article 30 de la loi de 1881)	- délibération prise par l'assemblée générale ou - plainte du chef de corps ou - plainte du ministre duquel le corps relève si celui-ci ne dispose pas d'assemblée générale	Art. 48 1°
Injure ou diffamation envers le Président de la République, membres du Gouvernement, parlementaires (infraction de l'article 31 de la loi de 1881)	- plainte de la personne concernée	Art. 48 2°
Injure ou diffamation envers les : - fonctionnaires publics ; - dépositaires de l'autorité publique autre que ministre ; - citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public (infraction de l'article 31 de la loi de 1881)	- plainte de la personne concernée ou - d'office, sur la plainte du ministre dont ils relèvent	Art. 48 3°
- Juré ou témoin (infraction de l'article 31 de la loi de 1881)	- plainte de la personne concernée	Art. 48 4°
- Outrage envers les agents diplomatiques étrangers (infraction de l'article 37 de la loi de 1881)	- sur la demande de la personne intéressée, adressée au ministre des affaires étrangères transmise par celui-ci au ministre de la justice	Art. 48 5°
- Particulier Infraction de l'article 32 (diffamation) et de l'article 33 (injure)	- plainte de la personne concernée - d'office par le ministère public si la diffamation ou l'injure est motivée par un mobile raciste, religieux, en raison du sexe ou de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap ; toutefois, si une telle diffamation ou injure est commises à l'encontre d'une personne considérée individuellement, celle-ci doit donner son accord préalablement	Art. 48 6°

Victime	Initiative du déclenchement de l'action pénale	Référence
- Personne menottée ou entravée (infraction de l'article 35 <i>ter</i>)	- plainte de la personne concernée	Art. 48 7°
- Reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité de la victime, sans l'accord de cette dernière (infraction de l'article 35 <i>quater</i>)	- plainte de la personne concernée	Art. 48 8°

ANNEXE 2
QUELQUES EXEMPLES DE DÉLAIS ENTRE LA COMMISSION
DES FAITS ET LA DÉCISION DE JUSTICE

Affaire	Délit	Support	Date des faits	Date du dernier jugement/arrêt	Délais
Cour de cassation, Crim. 20 octobre 2015 n° 14-87.122	Diffamation publique	Presse	avr-03	oct-15	12 ans 6 mois
Cour européenne des droits de l'homme 10 novembre 2015 n° 25239/13, Conseil d'État n° 376107 9 novembre 2015	Atteinte à la dignité Injure publique	Spectacle	déc-08	nov-15	6 ans 11 mois
Cour de cassation, Crim. 27 mai 2015 n° 14-83.06	Diffamation non publique envers un dépositaire de l'autorité publique	Lettre	juin-09	mai-15	5 ans 11 mois
Cour de cassation Crim. 24 mai 2016 n° 15-83.002, 2135	Diffamation publique envers un particulier	Internet, Blog	févr-11	mai-16	5 ans 3 mois
Cour de cassation, Crim. 3 novembre 2015 n° 13-82.645	Diffamation	Site internet	janv-10	nov-15	5 ans 10 mois
Cour de cassation, Crim. 20 octobre 2015 n° 14-82.587	Diffamation publique envers un fonctionnaire public	Tract	oct-11	oct-15	4 ans
TGI de Nanterre, 6 octobre 2015, Institut pour la Justice c/Me Eolas	Diffamation Injure publique	Twitter	nov-11	oct-15	3 ans 11 mois
Cour de cassation, Crim. 17 mars 2015 n° 13-87.358	Apologie de crime	T-Shirt	sept-12	mars-15	2 ans 6 mois
Cour de cassation, Crim, 28 octobre 2014, 13-86.303	Diffamation	Tract	juin-12	oct-14	2 ans 4 mois
TGI de Paris, 17 ^{ème} chambre, 12 avril 2016 Le Pen c/ Montebourg	Diffamation	Radio/Internet	févr-14	12/04/2016	2 ans 2 mois

Affaire	Délit	Support	Date des faits	Date du dernier jugement/arrêt	Délais
Cour d'appel de Paris, 22 janvier 2016, de La Villardière c/ Champion	Diffamation	Communiqué de presse/radio	déc-13	janv-16	2 ans 1 mois
Cour d'appel d'Agen, 13 juin 2016, Philippe Sella c/ Pierre Ballester	Diffamation	Livre	mars-15	juin-16	1 an 3 mois
TGI de Paris, 17 ^{ème} chambre, 14 juin 2016 Klarsfeld c/ Soral	Apologie de crimes de guerre et contre l'humanité	Réseaux sociaux	mai-15	juin-16	1 an 1 mois

Source : commission des lois du Sénat

TABLEAU DES INFRACTIONS SANCTIONNÉES ET CONDAMNATIONS PRONONCÉES AU
TITRE DE CERTAINES INFRACTIONS DE PRESSE

ANNEXE 3
TABLEAU DES INFRACTIONS SANCTIONNÉES ET CONDAMNATIONS
PRONONCÉES AU TITRE DE CERTAINES INFRACTIONS DE PRESSE

Type d'infraction	Année	Infractions ayant donné lieu à condamnation	Condamnations Infraction principale	Condamnations « infractions uniques » (dont dispenses de peine)	Emprisonnement	Amendes	Mesures de substitution	Mesures et sanctions éducatives
Apologie de crime ou délit	2010	8	5	0	0	0	0	0
	2011	5	2	0	0	0	0	0
	2012	12	8	5	1	2	1	1
	2013	10	5	4 (2)	2	0	0	0
	2014	10	9	3	1	2	0	0
Contestation de crime contre l'humanité	2010	1	1	1	1	0	0	0
	2011	-	-	-	-	-	-	-
	2012	7	3	2	0	1	1	0
	2013	1	0	0	0	0	0	0
	2014	1	1	0	0	0	0	0
Diffamation en raison du sexe ou orientation sexuelle	2010	-	-	-	-	-	-	-
	2011	-	-	-	-	-	-	-
	2012	-	-	-	-	-	-	-
	2013	-	-	-	-	-	-	-
	2014	4	3	2	0	1	1	0
Diffamation en raison de la race, religion ou origine	2010	9	8	4	0	4	0	0
	2011	5	3	3	0	3	0	0
	2012	2	2	2	0	2	0	0
	2013	5	3	3	0	3	0	0
	2014	7	4	4	0	4	0	0
Diffamation envers particuliers	2010	157	146	135 (5)	0	130	0	0
	2011	138	132	119 (1)	0	118	0	0
	2012	194	179	161 (2)	0	158	1	0
	2013	197	188	174 (3)	0	171	0	0
	2014	182	173	157 (3)	0	154	0	0
Diffamation envers un fonctionnaire ou dépositaire de l'autorité publique	2010	65	61	58 (1)	0	57	0	0
	2011	78	76	68	0	68	0	0
	2012	57	46	43	0	43	0	0
	2013	70	67	65	0	65	0	0
	2014	82	74	69	0	69	0	0
Injure en raison du sexe ou orientation sexuelle	2010	12	10	8	1	6	1	0
	2011	11	8	6	2	4	0	0
	2012	17	13	10	2	8	0	0
	2013	23	14	11 (1)	2	6	2	0
	2014	33	24	14	3	7	2	2
Injure en raison de la race, religion ou origine	2010	373	255	191 (4)	54	106	17	10
	2011	288	189	129 (3)	26	83	12	5
	2012	312	220	154 (4)	29	95	23	3
	2013	267	179	125 (2)	25	88	9	1
	2014	265	162	119 (1)	24	81	11	2
Injure en raison du handicap	2010	3	1	1	0	1	0	0
	2011	2	0	0	0	0	0	0
	2012	1	0	0	0	0	0	0
	2013	-	-	-	-	-	-	-
	2014	3	2	0	0	0	0	0

Type d'infraction	Année	Infractions ayant donné lieu à condamnation	Condamnations Infraction principale	Condamnations « infractions uniques » (dont dispenses de peine)	Emprisonnement	Amendes	Mesures de substitution	Mesures et sanctions éducatives
Injure envers un particulier	2010	129	76	53 (1)	0	51	1	0
	2011	132	76	60	1	50	2	7
	2012	108	63	40 (2)	0	31	3	4
	2013	142	78	50	0	46	2	2
	2014	118	61	45	0	42	2	1
Injure envers un fonctionnaire	2010	33	22	19	0	13	2	4
	2011	47	28	21	0	19	0	2
	2012	40	29	24	0	21	2	1
	2013	30	22	21 (1)	0	14	2	4
	2014	57	38	29 (1)	0	22	3	3
Provocation à la discrimination	2010	61	39	31 (1)	8	11	5	6
	2011	45	27	22	8	13	1	0
	2012	41	30	19	5	10	2	2
	2013	33	24	19	6	9	3	1
	2014	27	20	15	5	6	4	0
Provocation à la haine à raison du sexe, orientation sexuelle, origine, religion	2010	5	5	5	1	0	4	0
	2011	1	0	0	0	0	0	0
	2012	17	4	3	2	0	1	0
	2013	18	12	12	8	2	1	1
	2014	35	21	15	3	7	2	3
Provocation non suivie d'effet	2010	6	1	0	0	0	0	0
	2011	7	6	5	3	1	1	0
	2012	5	2	1	0	0	1	0
	2013	14	11	6	3	2	1	0
	2014	7	4	2	1	1	0	0

Source : casier judiciaire national