

Police des discours sur internet : des directives du Conseil constitutionnel au juge pénal

Lucien Castex, ATER en droit privé à l'Université de Dijon, Chercheur au Centre d'études juridiques et économiques du multimédia (CEJEM-Université Panthéon-Assas)

Le Conseil constitutionnel a décidé, répondant le 16 septembre 2011⁽¹⁾ à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁽²⁾, de la conformité avec réserve d'interprétation du régime de responsabilité en cascade⁽³⁾ applicable en matière d'infractions de presse commises par un moyen de communication au public par voie électronique. Organisé par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, ce régime prévoit la responsabilité pénale du directeur de publication ou du codirecteur comme auteur principal de l'infraction en cas de fixation préalable à la publication du message illicite, l'auteur des messages pouvant être poursuivi en qualité de complice de l'infraction. A défaut, l'auteur ou à défaut le producteur peuvent voir leur responsabilité engagée à titre principal. Il s'agissait ainsi, pour la radio et la télévision, de distinguer entre les émissions en différé et les émissions en direct, ces dernières ne permettant pas au directeur de publication d'exercer un contrôle préalable. Ce mécanisme a été étendu aux services de communications électroniques en déplaçant sur le type de modération le critère d'engagement de la responsabilité du directeur de publication - la modération *a priori* équivalant à la fixation préalable, la modération *a posteriori* s'assimilant au cas du direct. L'alinéa 5 de cet article, issu d'une modification de 2009⁽⁴⁾, prend en compte les difficultés tirées de l'aspect participatif de nombre de services de communication au public en ligne et ajoute à la cascade une distinction tenant au type de message. Ainsi, le directeur de publication se voit appliquer une responsabilité allégée, similaire à celle que connaît l'hébergeur⁽⁵⁾ : « *lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message* ».

Ce sont précisément les conditions d'engagement de la responsabilité pénale, selon la qualité de la personne et le type de message, que la QPC⁽⁶⁾ remettait en cause suivant trois arguments. Le requérant soutenait tout d'abord la violation par l'article 93-3 de la loi de 1982 des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la mesure où il instituerait une présomption de culpabilité à l'encontre du producteur. Les dispositions de cet article étaient supposées méconnaître également le principe d'égalité prévu par l'article 6 de la Déclaration de 1789 en opérant une distinction entre producteur et directeur de publication quant à l'engagement de leur responsabilité. Enfin, l'article 93-3, en son alinéa 2, aurait été contraire au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines⁽⁷⁾ en ne définissant pas la notion de producteur. La QPC est accueillie par la Cour de cassation qui la transmet au Conseil constitutionnel, lequel conclut donc à la conformité aux libertés et droits constitutionnels de l'article 93-3, sous réserve de ce que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à sa disposition des messages adressés par des internautes ne voie pas « *sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne* ».

Ce faisant, le Conseil écarte la violation alléguée du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui définit le producteur 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 » (8). Il écarte également l'argument tiré de la méconnaissance de l'égalité entre le producteur et le directeur de publication, la réserve d'interprétation revenant à estomper les différences entre les conditions d'engagement de la responsabilité en cas de contenus participatifs. Le Conseil constitutionnel retient en revanche le risque d'une atteinte à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au regard de la présomption de culpabilité par trop irréfragable qui pèserait sur le producteur (I) mais neutralise ce risque par une réserve d'interprétation (II).

I - L'assimilation du mécanisme de responsabilité du producteur à une présomption de culpabilité

Si le producteur se situe en fin de chaîne en termes d'engagement de la responsabilité, le mécanisme auquel il est soumis instaure une présomption de culpabilité (A) dont il ne peut que difficilement s'exonérer (B).

A - Une présomption de culpabilité du producteur

Lorsque, selon les mécanismes de la cascade des responsabilités, ni le directeur de publication ne peut être attrait, ni l'auteur du message litigieux, le producteur devient responsable de plein droit. Le Conseil constitutionnel s'appuie alors sur deux arrêts de la Cour de cassation du 16 février 2010 (9). Bien que rendus sous l'empire de la loi ancienne, ces arrêts n'illustrent pas moins la présomption de culpabilité portée sur le producteur dans le cadre de contenus participatifs.

La première décision (10) concernait une plainte pour injures publiques envers un particulier *via* des messages laissés par un internaute sur le forum de discussion d'un site web, dirigé par un journaliste identifié comme le directeur de publication. Ces messages n'avaient pas fait l'objet d'une fixation préalable. Ce critère étant alors exonératoire, le juge d'instruction délivre une ordonnance de non-lieu, confirmée par la chambre de l'instruction. La Cour de cassation casse l'arrêt confirmatif au motif que la cour d'appel s'était contentée de constater que les auteurs des messages et l'éventuel producteur n'avaient pas été identifiés ; la cour d'appel se voyait ainsi reprocher de ne s'être pas demandé si le directeur de la publication, identifié pour sa part, « *n'avait pas également la qualité de producteur au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982* ».

Le second arrêt (11) concernait un site web clairement identifiable par son titre comme un blog, « *Blog Noisy 93, le Vrai Journal de Noisy le Grand* » et par le service utilisé (Overblog). Les messages litigieux consistaient en des contributions laissées par des internautes à la suite d'articles qui, comme le relevait la Cour, abordaient « *des thèmes définis à l'avance* ». L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009 avait relaxé le prévenu des fins de poursuite du chef de diffamation publique envers un citoyen chargé d'un mandat public. La Cour de cassation cassa cet arrêt au motif que, si la responsabilité du prévenu ne pouvait être engagée en qualité de directeur de publication - dans la mesure où il n'y avait pas eu fixation préalable des messages en raison d'une absence de modération *a priori* - sa responsabilité pouvait néanmoins être engagée en tant que producteur du service.

Ainsi, les limitations à l'engagement de la responsabilité dont bénéficie le directeur de publication, l'absence de fixation préalable des messages, le défaut de connaissance effective quant aux contenus de nature web 2.0 préalable à leur mise en ligne (12) ou encore l'absence de promptitude dans le retrait, ne peuvent, selon cette interprétation, jouer en faveur d'une exonération de responsabilité du producteur. De la même manière, l'incapacité à citer l'auteur du message litigieux ne peut valoir exonération. En somme, une responsabilité difficilement réfragable...

B - Une présomption de culpabilité du producteur difficilement réfragable

Cette présomption introduit le risque de voir la personne seule du producteur faire l'objet d'une sanction, de même qu'un renversement de la charge de la preuve (13). Le producteur

ne pourrait s'exonérer de sa responsabilité à titre principal que sous deux conditions : ou en ayant identifié l'auteur du message litigieux et en le faisant citer ; ou en prouvant la responsabilité du directeur de publication.

S'agissant du premier point - l'identification de l'auteur du message litigieux - le contexte particulier d'internet rend cette identification difficile en raison de l'anonymat, des déguisements de noms, voire des usurpations d'identité. Plus encore, les biais techniques participent d'une distance entre les informations détenues par les opérateurs et la réalité de l'auteur. C'est de cette difficulté dont prend acte le Conseil constitutionnel en faisant valoir que la « *possibilité d'identifier les auteurs des messages au moyen des données de communication conservées par les opérateurs techniques est trop incertaine pour constituer une garantie* ». Quant au second point - l'exonération par la démonstration de la responsabilité pénale du directeur de publication - il n'est pas moins délicat tant cette responsabilité est conditionnée par ailleurs par la connaissance préalable du message illicite ou l'absence de promptitude dans le retrait du contenu notifié comme illicite pour les messages participatifs (ce critère s'étant substitué à l'ancien critère de la fixation préalable de ce message).

Le producteur ne dispose pas non plus de l'exception de bonne foi que l'auteur d'un message comme le directeur de publication peuvent invoquer dans le cadre d'une diffamation. N'ayant été l'auteur du message et n'en ayant pas eu connaissance, comment invoquer une exonération qui touche directement au contenu : à sa rédaction et à son intention ?

II - La neutralisation relative de la présomption de culpabilité du producteur

Le balancement dialectique auquel il s'est livré conduit le Conseil constitutionnel à formuler une réserve d'interprétation qui met en avant les droits de la défense (A) et redessine la responsabilité du producteur (B).

A - La mise en avant des droits de la défense

Le cadre de la presse écrite permet l'identification aisée, si ce n'est de l'auteur d'un contenu, du moins du directeur de publication ou de l'imprimeur. Le contexte socio-technique d'internet rend cette identification plus ardue, la publication en ligne se liant sans doute plus volontiers à l'anonymat ou au pseudonyme. Si les services de communication au public en ligne par voie électronique à caractère professionnel ont l'obligation d'indiquer l'identité du directeur de publication et les moyens de le contacter⁽¹⁴⁾, l'amateur proposant un tel service peut se contenter de fournir au public le nom et l'adresse de son hébergeur⁽¹⁵⁾. Se réalise ainsi un anonymat public, même si l'identité de l'amateur est réputée connue par l'hébergeur de son service qui a l'obligation de lui transmettre toute notification par un internaute d'un message illicite.

Il est ainsi justifié, quand auteur et directeur de publication se couvrent d'anonymat, de pouvoir attraire un tiers responsable. La « recherche et la poursuite des auteurs d'infractions » - « objectif de valeur constitutionnelle »⁽¹⁶⁾ - et la défense des droits de la victime viennent dans cette mesure balancer la libre communication des pensées et des opinions et la liberté d'expression. La responsabilité de plein droit du producteur en serait le pendant.

La présomption de culpabilité n'est cependant admise, au regard de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'à titre exceptionnel et conditionnel et doit s'insérer dans des « limites raisonnables »⁽¹⁷⁾. En matière contraventionnelle, trois critères doivent être remplis : que cette présomption n'ait pas un caractère irréfragable ; que le respect des droits de la défense soit assuré ; que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité. Le caractère raisonnable se définit alors, comme souvent en droit de la presse, à travers une série de standards juridiques. En matière de crimes et délits, la « *culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés* ». Or, si le producteur participe matériellement à l'infraction en fournissant à l'internaute l'espace participatif support du message illicite, il est difficile de retenir son intention alors qu'il n'est pas l'auteur du message ni n'en a eu une connaissance préalable à

sa mise en ligne. L'invocation par le Conseil constitutionnel des droits de la défense sur ce point n'est donc pas spécialement originale, comme le montre la réserve d'interprétation assortie à l'engagement de la responsabilité de l'hébergeur par l'article 6, I, 3, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004. L'exigence de promptitude (18) du retrait par l'hébergeur des contenus litigieux ne s'applique qu'aux contenus manifestement illicites (19).

La présomption de culpabilité soumise au Conseil constitutionnel comportait également un risque d'atteinte à la libre communication des pensées et des opinions et à la liberté d'expression, un enjeu renforcé par la pratique amateur d'internet dans laquelle le producteur et le directeur de publication se confondent souvent en la même personne. Ainsi, pour les contenus du web 2.0, la cascade, susceptible d'exclure la responsabilité d'un individu en qualité de directeur de publication, risquait d'entraîner sa responsabilité en tant que producteur du service : que restait-il du régime allégé de l'alinéa 5 ? En ce sens, le tribunal de grande instance de Paris affirmait déjà que cette application revenait à le vider de sa substance (20), et par la même occasion, à porter atteinte à la liberté d'expression. Exonéré de responsabilité en tant que directeur de publication, le producteur se trouvait dans une situation aporétique : il ne pouvait intervenir sur un contenu dont il ignorait l'existence ; ou, lorsque cette connaissance était acquise, il ne pouvait atténuer sa responsabilité par sa propre diligence.

Le Conseil prend la mesure de ces difficultés et essaie de porter le régime à l'équilibre en formulant une réserve d'interprétation sur la responsabilité du producteur quant aux messages mis en ligne dans les espaces de contributions personnelles.

B - La responsabilité du producteur redessinée



























En affirmant, dans sa décision du 16 septembre 2011, que « *les dispositions contestées ne sauraient, sans instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale en méconnaissance des exigences constitutionnelles précitées, être interprétées comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voir sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne* » (21), le Conseil constitutionnel tend à rapprocher, pour les espaces participatifs, les régimes de responsabilité pénale du producteur et du directeur de publication, l'engagement de cette responsabilité se liant désormais à la connaissance du contenu illicite d'un message avant sa mise en ligne.


Cette réserve instaure ainsi une responsabilité allégée. Lorsque le producteur et le directeur de publication sont deux personnes distinctes, les cas où le producteur du service de messages participatifs aurait pu avoir connaissance - en sa qualité de producteur - du message avant sa mise en ligne paraissent rares. Le producteur devrait donc le plus souvent être exonéré. Lorsqu'un individu rassemble sur sa tête les qualités de directeur de publication et de producteur, s'il est exonéré de sa responsabilité pénale en sa qualité de directeur de publication, il devrait l'être aussi en sa qualité de producteur. Le régime redessiné se lit *a minima* comme une réponse infirmative aux jurisprudences du 16 février 2010 de la Cour de cassation que certains avaient même qualifiées de *contra legem* (22).

Faut-il en inférer une exigence de prompt retrait du contenu par le producteur si celui-ci venait à être notifié ? La réserve d'interprétation ne le précise pas. De même, le critère d'exonération réside en la connaissance du message avant sa mise en ligne, non plus, comme pour le directeur de publication dans l'alinéa 5, en la connaissance effective *a priori*. Par ces éléments, le mécanisme d'exonération du producteur emprunte à la fois aux alinéas 1^{er} et 5 de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Ainsi, la réserve d'interprétation du Conseil, protégeant le producteur, réactive opportunément le rôle du directeur de publication. L'internaute se retrouve *de facto* incité à agir contre le directeur de publication qui peut voir sa responsabilité engagée s'il avait effectivement connaissance du message avant sa publication ou si, une fois notifié, il n'a pas agi promptement pour retirer le contenu.









Mots clés :

RESPONSABILITE PENALE * Communication électronique * Responsabilité en cascade * Producteur * Question prioritaire de constitutionnalité * Conseil constitutionnel

- (1) Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*, JO 17 sept., p. 15601.
- (2) Saisine du Conseil constitutionnel du 27 juin 2011.
- (3) Mécanisme de responsabilité en cascade initié dans le cadre de la presse écrite par l'art. 42, L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse.
- (4) Art. 27, L. n° 2009-669, 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet dite loi HADOPI.
- (5) Art. 6, I, 3, L. n° 2004-575, 22 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).
- (6) Crim. 21 juin 2011, n° 11-80.010, Constitutions 2011. 398, obs. D. de Bellescize .
- (7) Art. 8, Décl. dr. homme.
- (8) Crim. 16 févr. 2010, n° 09-81.064, D. 2010. 2206 , note E. Dreyer , et 1653, chron. E. Degorce  ; AJ pénal 2010. 285, obs. G. Royer  ; RSC 2010. 635, obs. J. Francillon .
- (9) Crim. 16 févr. 2010, n° 08-86.301, D. 2010. 2206 , note E. Dreyer , 1653, chron. E. Degorce , et 2011. 780, obs. E. Dreyer  ; AJ pénal 2010. 285  ; RSC 2010. 635, obs. J. Francillon  ; n° 09-81.064, préc., JCP 2010. 873, note J. Huet.
- (10) Arrêt n° 08-86.301, préc.
- (11) Arrêt n° 09-81.064, préc.
- (12) Sur la mise en pratique de ces conditions et leurs distinctions, V. not. L. Castex, Nouveaux modes de communication au public et responsabilité du rédacteur amateur, in P. Mbongo (dir.), *Philosophie juridique du journalisme*, Mare et Martin, 2011, p. 43.
- (13) Le Conseil constitutionnel avait déjà tenu ce raisonnement pour censurer, dans le cadre de l'examen de la loi HADOPI, le dispositif qui permettait de suspendre l'abonnement internet d'une personne en raison des actes de contrefaçon commis à partir de son adresse internet, Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, D. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière , 2045, point de vue L. Marino , 2010. 1508, obs. L. Gay , et 1966, obs. J. Larrieu  ; RSC 2009. 609, obs. J. Francillon , 2010. 209, obs. B. de Lamy , et 415, étude A. Cappello  ; RTD civ. 2009. 754  et 756, obs. T. Revet  ; RTD com. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dulian  ; RLDI 2009. 107, note I. Boubekour, et 114, note C. Simon.
- (14) Art. 6, III, 1, LCEN.
- (15) Art. 6, III, 2, LCEN.
- (16) M.-A. Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, LGDJ-Lextenso, 2011 ; P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006.
- (17) V. not., CEDH 7 oct. 1988, n° 10519/83, *Salabiaku c/ France*, § 28 ; 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio-France c/ France*, § 24, D. 2004. 2756 , obs. B. de Lamy , et 1060, obs. C. Birsan  ; RSC 2005. 630, obs. F. Massias  ; RTD civ. 2004. 801, obs. J.-P.

Marguénaud .

(18) V. L. Castex, Standards juridiques et police des discours sur l'internet, in P. Mbongo (dir.), *La régulation des médias et ses « standards » juridiques*, Mare et Martin, 2011.

(19) Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, D. 2005. 199 , note S. Mouton , 2004. 1739, chron. B. Mathieu , 3089, chron. D. Bailleul , et 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino  ; RFDA 2004. 651, note B. Genevois , et 2005. 465, étude P. Cassia  ; RTD civ. 2004. 605, obs. R. Encinas de Munagorri  ; JCP 2004. 1335, note P. Blanchetier.

(20) TGI Paris, 9 oct. 2009, n° 0802523039.

(21) Consid. 7.

(22) J. Huet, *supra* note 9.