













# RSC

RSC 2011 p. 647

Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)... suite et fin (Crim., 21 juin 2011, QPC, n° 11-80.010, Constitutions 2011. 398, obs. D. de Bellescize  ; Comm. comm. électr. n° 9, septembre 2011, comm. 80, obs. A. Lepage ; Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC, D. 2011. 2444 , note L. Castex , JO n° 216 du 17 septembre 2011, p. 15601)

**Jacques Francillon, Professeur agrégé des Facultés de droit - Université Paris-Sud 11**

Notre analyse des deux arrêts rendus par la Chambre criminelle le 16 février 2010 (Crim., 16 févr. 2010, n° 08-86.301 et 09-81.064, Bull. crim. n° 30 et 31 ; D. 2010. 2206 , note E. Dreyer  ; *ibid.* 1653, chron. P. Chaumont, A. Leprieur et E. Degorce  ; *ibid.* 2011. 780, obs. E. Dreyer  ; AJ pénal 2010. 285 , obs. G. Royer ; cette Revue 2010. 635, nos obs.  ; Dr. pénal 2010, comm. n° 80, note M. Véron ; JCP 2010. 873, note J. Huet, JCP E 2011. 1184, obs. N. Mallet-Poujol ; Légipresse n° 272, mai 2010, III, note B. Ader, et n° 274, juillet 2010, III, note A. Furlon) et le rapprochement avec un arrêt de la même Chambre du 31 mai 2010 (Crim., 31 mai 2010, n° 09-87.578, D. 2010. 1486  ; cette Revue 2010. 640, nos obs.  ; *ibid.* 2011. 178, obs. B. de Lamy  ; Comm. comm. électr. 2010, comm. n° 80, obs. A. Lepage ; JCP 2010. 1258. 3, obs. B. de Lamy) nous avaient conduit à la conclusion (cette Revue 2010, obs. préc., p. 639 et 644) que si, à juste titre, la question concernant la conformité à la Constitution de la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation n'avait été considérée ni comme « nouvelle » ni comme « sérieuse », il devait en revanche en aller différemment s'agissant de la présomption légale de responsabilité pesant sur les producteurs de services en ligne (L. du 29 juill. 1881, art. 93-3). Car, écrivions-nous, outre le fait que la première découle de la jurisprudence alors que la seconde découle directement de la loi, une QPC qui, à l'avenir, concernerait la seconde serait véritablement « nouvelle » et manifestement « sérieuse ».

La Cour de cassation, puis le Conseil constitutionnel, ont précisément été saisis d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le mécanisme légal de responsabilité « en cascade » applicable aux infractions de presse. La question leur a été posée à l'occasion du pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait condamné le producteur d'un service de communication en ligne pour diffamation publique envers un particulier. Le demandeur au pourvoi invoquait l'inconstitutionnalité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle. Il résulte en effet de cette disposition que lorsqu'une infraction de presse est commise par l'intermédiaire d'un moyen de communication par voie électronique (L. du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique), le directeur de publication (ou co-directeur) est pénalement responsable de cette infraction comme auteur principal lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. Le texte prévoit en outre (al. 2) qu'« à défaut, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal ». Or c'est la constitutionnalité de ce texte au regard des articles 6, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (égalité, légalité et présomption d'innocence) qui avait été contestée en l'espèce.

Trois griefs étaient invoqués à l'appui de la question. Le premier concernait très directement le mécanisme de responsabilité « en cascade » établi par l'article 93-3 ; il lui était reproché de permettre d'imputer à une personne une infraction commise en réalité par d'autres. Le deuxième portait sur la différence de traitement établie par la loi entre le directeur de publication et le producteur d'un service en ligne ; il lui était fait grief de ne comporter aucun élément susceptible de justifier cette différence. Le troisième enfin mettait l'accent sur le caractère imprécis du texte en l'absence de définition de la notion de producteur.

La Chambre criminelle s'est prononcée en faveur de la transmission de la question au Conseil constitutionnel. Elle a estimé que celle-ci était réellement nouvelle et qu'elle présentait un caractère sérieux. Elle s'est ainsi ralliée à la thèse du demandeur au pourvoi, mais seulement en ce qui concerne les atteintes supposées à la présomption d'innocence et au principe d'égalité devant la loi. En revanche, elle a implicitement écarté le grief tiré de l'imprécision du texte contesté. Le Conseil constitutionnel, dont la décision était attendue « avec impatience » (A. Lepage, obs. préc., in fine, ss Crim., 21 juin 2011), n'a donné que partiellement raison au requérant. La disposition déférée a en effet été déclarée conforme à la Constitution. Mais elle a été assortie d'une importante réserve d'interprétation.

Dés lors, deux séries de considérations doivent être mises en évidence. La première porte sur la nature de la présomption pesant sur le producteur d'un service de communication au public en ligne, les décisions commentées rompant à cet égard avec une jurisprudence antérieure de la Cour de cassation (I). La seconde concerne l'extension au créateur ou animateur d'un blog ou d'un forum de discussion, poursuivi en qualité de producteur, du régime de responsabilité pénale applicable au directeur de publication de ce service (II).

**I.** La rupture est désormais consommée avec l'interprétation que la Chambre criminelle donnait jusqu'alors de l'article 93-3, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1982. On rappellera brièvement que si le Conseil constitutionnel valide les présomptions de responsabilité en matière pénale, il les subordonne toutefois à la réunion de trois conditions cumulatives : qu'elles ne soient pas irréfragables, que les droits de la défense soient respectés, et que les faits donnant lieu aux poursuites induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité (Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, AJDA 1999. 736 ☞ ; *ibid.* 694, note J.-E. Schoettl ☞ ; D. 1999. 589 ☞, note Y. Mayaud ☞ ; *ibid.* 2000. 113, obs. G. Roujou de Boubée ☞ ; *ibid.* 197, obs. S. Sciortino-Bayart ☞, relative à la loi portant diverses dispositions sur la sécurité routière, Rec. Cons. const. 75 ; JO du 19 juin 1999, p. 9018). Or, faisant application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 dans plusieurs affaires - l'une intéressant divers délits de presse commis via le Minitel au sein d'un groupe de discussion (aff. 36.15 *Renouveau*), les deux autres des textes diffamatoires et injurieux diffusés en temps réel via des blogs et forums de discussion de sites internet -, et se plaçant sur le terrain de la responsabilité des exploitants pris en leur seule qualité de producteurs des services en cause, la Chambre criminelle a considéré qu'ils ne pouvaient échapper au risque pénal lié à la diffusion des propos et textes litigieux par voie télématique ou sur le web. Certes, les demandeurs aux pourvois avaient cherché à s'abriter derrière leurs qualités respectives de directeurs de publication et fait valoir qu'à ce titre ils ne pouvaient être déclarés pénalement responsables de la diffusion de messages n'ayant pas fait l'objet d'une fixation préalable. Mais cette argumentation a été jugée inopérante à trois reprises, au motif qu'en prenant « l'initiative » de la création d'un service de cette nature le producteur est responsable « sans pouvoir opposer un défaut de surveillance du message incriminé » (Crim., 8 déc. 1998, n° 97-83.709, Bull. crim., n° 335 ; D. 1999. 54 ☞ ; cette Revue 1999. 607, nos obs. ☞ ; JCP 1999. II. 10135, note J.-Y. Lassalle ; Gaz. Pal. 1999. 2. Somm. 583, note A. Cousin ; 16 févr. 2010, 2 arrêts, n° 08-86.301 et 09-81.064, préc.).

Il était donc compréhensible que des critiques s'élèvent en doctrine à l'encontre de cette jurisprudence et surtout du dispositif de répression mis en place par le législateur en 1982. Certes, le système de responsabilité « en cascade » n'est pas à condamner en tant que tel. Seule est critiquable l'admission d'une responsabilité de plein droit du producteur pris « à qualité ». Elle l'est au regard des principes généraux du droit pénal français et du droit européen. Car, écrivions nous, « qu'il y ait eu ou non fixation préalable du message posté, la responsabilité pénale du prévenu est engagée par le seul fait de la mise en ligne de ce message, sans possibilité d'exonération selon la jurisprudence *Renouveau* et les arrêts (qui ont suivi)... aucune échappatoire ne lui est offerte en raison de l'automatisme du mécanisme légal. Les « limites raisonnables » requises par la jurisprudence européenne pourraient alors être considérées comme dépassées » (V. cette Revue 2010. 635 ☞, spéc. p. 638, et la référence à CEDH, 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio France c/ France*, D. 2004. 2756 ☞, obs. B. de Lamy ☞ ; *ibid.* 1060, obs. C. Birsan ☞ ; cette Revue 2005. 630, obs. F. Massias ☞ ; RTD civ. 2004. 801, obs. J.-P. Marguénaud ☞, la Cour ayant estimé que la présomption de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 n'allait pas au delà de ces

limites). En transmettant la question au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation n'a fait que tirer les conséquences de cette situation et de cette analyse. Elle l'a fait dans les termes les plus nets à partir du constat que la disposition contestée « fait peser sur le producteur (...) une responsabilité comme auteur principal, sans que soient définis les moyens pour lui de la voir écartée par le juge ». Elle en a déduit « qu'il peut être ainsi porté atteinte au principe du respect de la présomption d'innocence (...) garanti par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».





Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs été interrogé précédemment dans un domaine proche - celui du droit d'auteur et des droits voisins - sur la conformité à la Constitution de la présomption de culpabilité établie par la loi « Création et Internet » du 12 juin 2009 (Hadopi 1) à l'encontre des abonnés soupçonnés d'actes de piratage (système dit de la « riposte graduée » au téléchargement illégal). Les auteurs de la saisine avaient estimé que ce dispositif revenait à instituer une présomption irréfragable de culpabilité à l'encontre de l'abonné et en avaient déduit qu'une atteinte caractérisée avait ainsi été portée par le législateur aux droits de la défense. Or on sait que le Conseil leur a donné raison. Il a en effet estimé que les conditions auxquelles la validité du texte était subordonnée (Cons. const. 16 juin 1999, préc.) n'étaient pas réunies (Cons. const., 10 juin 2009, préc. V. cette Revue 2009, 609 s. <sup>1</sup>, nos obs., pour une analyse de la décision, et *supra*, n° 1, I, *in fine*, pour les réfs). *Mutatis mutandis*, la Cour de cassation ayant joué en l'espèce son rôle de filtre et le requérant ayant réussi à franchir ce premier obstacle, il y avait tout lieu de penser que le Conseil serait conduit, s'agissant cette fois du contrôle a posteriori de la loi déférée, à se prononcer dans le même sens en ce qui concerne l'article 93-3, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1982 (V. dans le commentaire aux Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel l'allusion au fait que la saisine a été « vraisemblablement inspirée » par les analyses indiquées ci-dessus : site Legifrance, LNCCC, p. 4, et note 6).

La décision rendue le 16 septembre est plus nuancée. Certes, le principe selon lequel le législateur ne saurait instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale est réaffirmé (consid. 3 et 7) ; mais l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 n'en est pas moins déclaré conforme à la Constitution. Tout au plus le Conseil formule-t-il une réserve d'interprétation. Il considère, en substance, que les dispositions contestées « ne sauraient être interprétées » comme permettant d'engager la responsabilité pénale du créateur ou de l'animateur d'un blog ou d'un forum de discussion « à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne » (consid. 7) ; à défaut, le principe à valeur constitutionnelle rappelé ci-dessus serait méconnu. Sa décision repose sur le syllogisme suivant : Le directeur de publication bénéficie d'un régime spécifique l'exonérant de sa responsabilité lorsque le message litigieux n'a fait l'objet d'aucune fixation préalable ; quant à l'auteur de ce message, dont la responsabilité est retenue le cas échéant en second rang, il a la possibilité de préserver son anonymat en raison des caractéristiques d'internet. Or, l'interprétation jurisprudentielle de la disposition contestée (Crim. 8 déc. 1998 et 16 févri. 2010, préc.) revient à priver le créateur ou l'animateur d'un blog ou d'un forum de discussion de toute possibilité d'exonération en l'absence de directeur de publication et à défaut d'identification de l'auteur. Donc il faut interpréter différemment cette disposition et aligner le régime de responsabilité pénale du producteur sur celui du directeur de publication afin de le rendre compatible avec l'article 9 de la Déclaration de 1789.

**II.** Il résulte par conséquent de la décision du Conseil constitutionnel que le régime de responsabilité pénale applicable au directeur de publication établi par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 est étendu au producteur du service en ligne concerné (blog ou forum de discussion). Il convient de rappeler à cet égard que la loi « création et internet » du 12 juin 2009 (Hadopi 1, art. 27-II) a introduit dans cet article un alinéa selon lequel, dans les situations qu'il mentionne, la responsabilité pénale encourue par le gestionnaire d'un site internet pris « ès qualité » de directeur de publication (ou co-directeur) peut être engagée comme auteur principal à raison du contenu de certains messages postés ou échangés par des internautes « et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel ». Cette responsabilité est alors subordonnée à la condition qu'il soit établi que l'exploitant avait eu connaissance du message litigieux avant sa mise en ligne, ou qu'en ayant été informé ultérieurement il n'a pas agi promptement pour le retirer.

Elle est ainsi alignée, au moins dans ses grandes lignes, sur le régime de responsabilité applicable à l'hébergeur tel que prévu par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (art. 6, I).

Il est clair qu'une telle disposition, qui limite les possibilités de répression aux cas où une faute de surveillance peut être imputée au gestionnaire du service, est conforme à l'esprit du système de responsabilité « en cascade » et qu'elle respecte les principes fondamentaux du droit pénal, tant en ce qui concerne la responsabilité personnelle que la présomption d'innocence. Certes, les exploitants pouvant se prévaloir de la qualité de directeur de publication (ou de co-directeur) sont seuls visés par l'article 93-3, alinéa 5, alors que le « producteur » au sens de l'alinéa 2 du même article, lui, ne l'est pas. Mais, en pratique, s'agissant de blogs et de forums de discussion, les deux qualités seront généralement confondues, en sorte que le régime de responsabilité applicable au premier sera de même nature que celui retenu pour le second.

Quoi qu'il en soit, la formulation maladroite et ambiguë de l'article 93-3 pris dans son ensemble donne à penser qu'une différence de traitement subsiste entre les personnes susceptibles de voir leur responsabilité pénale engagée. Cela aurait pu conduire le Conseil constitutionnel à condamner plus fermement encore le texte au regard du principe d'égalité devant la loi et à imposer sa réécriture (V. en ce sens E. Dreyer, note préc. au D. 2010. 2206 , cet auteur ayant notamment proposé de distinguer selon que le forum de discussion ou le blog fait ou non l'objet d'une modération). La Chambre criminelle avait pour sa part estimé que, la disposition contestée « réserv(ant) un sort différent au directeur de la publication et au producteur (...), il pouvait être ainsi porté atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Certes, le Conseil aurait pu faire preuve de plus d'audace en annulant pour partie le texte contesté (Rappr. C. Lazerges, La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence, cette Revue 2011. 193 s.  et E. Dreyer, Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. La QPC et les attentes déçues..., JCP 2011. 976, cet auteur regrettant la « pusillanimité » du Conseil [dans son approche de la sanction au regard des droits de l'homme]). Toutefois, la solution retenue - la réserve d'interprétation - a en définitive un double mérite. D'une part, elle laisse subsister le texte servant de fondement légal aux poursuites engagées contre le requérant ; celui-ci obtient néanmoins partiellement satisfaction dans la mesure où la preuve requise pour pouvoir le condamner risque d'être difficile à rapporter. D'autre part, et de manière plus générale, elle confirme la jurisprudence désormais bien affirmée, à la fois par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, selon laquelle ce dernier a compétence pour contrôler la loi telle qu'elle est interprétée par les Hautes juridictions, administrative et judiciaire, cette solution trouvant son inspiration dans la doctrine dite du « droit vivant » forgée par la Cour constitutionnelle italienne (V. sur ce dernier point les études de N. Maziau publiées au D. 2011. 529  et 1775 , ainsi que les arrêts cités en référence rendus en France par l'Ass. plénière le 20 mai 2011 et par le Cons. const. les 6 et 14 oct. 2010, et les 4 et 11 févr. 2011).

#### Mots clés :

**INFORMATIQUE** \* Internet \* Responsabilité pénale \* Producteur de services en ligne \* Question prioritaire de constitutionnalité

**RESPONSABILITE PENALE** \* Internet \* Producteur de services en ligne \* Question prioritaire de constitutionnalité

**CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS** \* Contrôle de constitutionnalité \* Question prioritaire de constitutionnalité \* Responsabilité pénale \* Internet \* Producteur de services en ligne

**PRESSE** \* Délit de presse \* Internet \* Responsabilité pénale \* Producteur de services en ligne \* Question prioritaire de constitutionnalité