



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales

Dirigé par le Professeur Yves MAYAUD

2013

***Responsabilité pénale sur Internet en
matière d'infractions de presse***

Auteur Vincent BRENGARTH

Sous la direction du Professeur Agathe LEPAGE

Faculté de droit
Université Panthéon-Assas

**Responsabilité pénale sur
Internet en matière
d'infractions de presse**

Mémoire pour le master 2 Droit pénal et sciences pénales

Présenté par Vincent BRENGARTH

Année universitaire 2012-2013

Sous la direction de Madame le Professeur Agathe LEPAGE

Remerciements

Je tiens tout d'abord à adresser mes remerciements à Madame le Professeur Lepage, dont les conseils m'ont permis de mener à bien ce travail.

Je tiens également à remercier Monsieur le Professeur Mayaud, pour m'avoir offert la possibilité d'intégrer le cercle éphémère, 2012-2013, des penseurs de la norme pénale.

Enfin, j'adresse mes remerciements à toutes les personnes qui ont concouru, de quelque manière que ce soit, à la réalisation du présent mémoire.

Table des abréviations

Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCE	Communication commerce électronique
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Comm.	Commentaire
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
D.	Dalloz
DC	Déclaration de conformité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
JCP	Juris-classeur périodique
Obs.	Observations
Op. cit.	Opus cité
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
p.	Page

Sommaire

Introduction	7
Partie première : Une neutralisation de l'Internet, par l'élargissement de règles de responsabilité existantes	15
Chapitre I : L'adoption d'une responsabilité « en cascade » inspirée de la loi du 29 juillet 1881	16
Chapitre 2 : L'application de la responsabilité « en cascade » effectuée par le juge	45
Seconde partie : Une neutralisation de l'Internet mise à l'épreuve	68
Chapitre 1 : Un rapport traditionnel avec la responsabilité pénale troublé	71
Chapitre 2 : Une harmonie négligée par une adaptation plurielle	89
Conclusion.....	100

Introduction

Facteur de dématérialisation avéré, Internet a considérablement participé au bouleversement des habitudes de notre société. Echappant au contrôle humain de son créateur, il a précipité ses utilisateurs dans une modernité nouvelle, dont nous commençons seulement à percevoir l'exactitude des traits. « *Prodigieux espace de liberté*¹ » pour le Professeur Jacques Larrieu, Internet fait également figure d'espace ésotérique. Son hermétisme, essentiellement technique, convie le législateur à repenser l'adaptation devant être opérée, pour faire de la norme un outil efficient. Aussi, entend-on régulièrement parler de « défi », pour qualifier la période transitoire dans laquelle nous nous trouvons. C'est à l'aune de nos connaissances, que nous devons désormais soumettre l'Internet, dans l'objectif prééminent d'en conserver la maîtrise. Nul n'est ici question de prétendre ce mouvement amorcé, puisque celui-ci a, depuis un certain temps, envahi nombre de branches du droit. Néanmoins, il continue à imposer au législateur un effort de tous les instants.

Profitant du difficile contrôle de l'entièreté de la « toile », certains utilisateurs se jouent de la législation, galvanisés par un sentiment d'impunité. Aberrés par l'aisance d'utilisation du support, ils outrepassent notamment ce que la liberté d'expression cautionne. De tels comportements révèlent toute l'ambivalence de l'Internet. Si, pour le Professeur Denis Mazeaud, il permet « *d'accéder à la lettre du droit*² », il constitue également un socle propice à ses plus pusillanimes violations. « *Cerveau du monde* » anticipé par H.G. Wells, Internet est également le réceptacle de divagations centuplées. L'Homme doit désormais affronter sa créature, tel Robert Walton dans le roman de Mary Shelley. Le traitement des infractions de presse commises sur Internet en est une des illustrations. L'intervention du législateur est toutefois compliquée, par l'identification malaisée de ses acteurs. Ces données nouvelles achèvent de consommer la rupture, avec un temps où les intervenants étaient facilement identifiables.

¹ Jacques Larrieu, *Droit de l'internet*, ellipses, 2ème édition, 2010, p.3, dans la collection « mise au point ».

² Denis Mazeaud, *L'accès libre au droit grâce à Internet : une nouvelle garantie de démocratie dans un nouvel espace de luttes d'influences*, Petites affiches, 29 septembre 2005 n°194, p.23.

La période de l'imprimerie décrite dans les *Illusions perdues* n'est plus. Du pressier, appelé Ours pour son mouvement de va-et-vient semblable à celui de l'animal en cage³, il ne subsiste que le surnom, pour faire référence aux mentions légales, sur Internet comme sur d'autres supports. L'ours dont il est ici question, « ours numérique »⁴, symbolise, à lui seul, le chemin parcouru. La publication se pare d'une forme nouvelle, révolutionnant la répartition traditionnelle des rôles.

C'est dans la loi du 29 juillet 1881, que nous pouvons trouver le système de responsabilité applicable aux infractions commises par la voie de la presse. Cette loi, présentée comme une œuvre libérale majeure⁵, impressionne par sa longévité. Les modifications ultérieures apportées n'ont fait que renforcer son assise. Aux termes de son article 42, « *Seront passibles, comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse, dans l'ordre ci-après, savoir :1° Les directeurs de publications ou éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations, et, dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article 6, les codirecteurs de la publication ;2° A leur défaut, les auteurs ;3° A défaut des auteurs, les imprimeurs ;4° A défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs et afficheurs* ». Cette responsabilité par subsidiarité, prenant en compte la particularité des moyens techniques⁶, est appelée responsabilité « en cascade ». Son application restrictive⁷ ne la rendait normalement pas applicable à d'autres supports que les périodiques et les livres. En ce sens, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'était opposée à l'application des articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881, à la radiodiffusion et à la télévision⁸.

Le législateur a puisé son inspiration dans l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, afin de prévoir un régime de responsabilité adapté à la communication audiovisuelle. L'échelle de responsabilité prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 se rapproche ainsi de la réalité technique dont elle ambitionne la révélation. Celle-ci prévoit donc qu' « *au cas où*

³ Honoré de Balzac, *Illusions perdues*, collection folio classique, p.29, « *le mouvement de va-et-vient, qui ressemble assez à celui d'un ours en cage, par lequel les pressiers se portent de l'encrier à la presse et de la presse à l'encrier, leur a sans doute valu ce sobriquet* ».

⁴ Céline Castets-Renard, *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012.

⁵ Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 - Disparition permanente et résurgence du délit d'opinion*, Fondation Varenne, collection des thèses.

⁶ Patrick Auvret, *Fascicule 3050 : détermination des personnes pénalement responsables*, Jurisclasseur communication.

⁷ Emmanuel Derieux, *Droit des médias, droit français, européen et international*, L.G.D.J Lextenso éditions 2010, p.464.

⁸ Cour de cassation, chambre criminelle, 8 octobre 1979, n°77-92.297. Bulletin criminel chambre criminelle n°272 p.735.

l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. A défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice. Pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable ». Plusieurs remarques viennent à la lecture des dispositions reproduites. Tout d'abord, la liste des responsables est ajustée et laisse apparaître un « producteur ». Par ailleurs, l'article renvoie à une « fixation préalable », permettant au directeur de publication de prendre connaissance du contenu publié. Le législateur opère ici une distinction entre les émissions diffusées « en direct » et celles enregistrées⁹. Enfin, l'article intègre deux formes de complicité, que sont : la complicité spéciale de l'auteur et la complicité de droit commun, de l'article 121-7 du code pénal. L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 expose donc un régime de responsabilité « en cascade », intégrant les particularités techniques de son support nouveau d'application. En s'inspirant de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, le législateur établit une certaine unité entre les supports, tout en conservant la maîtrise de ces derniers, par la reconnaissance des spécificités techniques.

Si le contenu de l'infraction de presse reste inchangé, force est de constater que « *sont protéiformes les notions de publication ou de diffusion propres à la loi sur la presse*¹⁰ ». Celles-ci font intervenir des personnes différentes, suivant des modalités techniques qui divergent également. L'Internet ne déroge pas à cette règle. Bien au contraire, il présente une singularité de nature à contrarier l'application de règles trop générales. Le droit pénal requière pourtant une prudence que l'interprétation stricte commande¹¹. Si l'interprétation téléologique n'est pas totalement écartée de la « palette d'outils » du juge ordinaire, cette dernière ne doit pas excéder un certain degré. Aussi, l'établissement d'un régime de responsabilité propre à la communication audiovisuelle aurait pu nous rassurer sur les intentions du législateur. En effet, aucune raison ne s'opposait à ce qu'il en fasse de même,

⁹ Emmanuel Derieux, *Op. cit.*, p.465.

¹⁰ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, PUF Droit, 3^e édition mise à jour (octobre 2010), collection des « classiques », p.230.

¹¹ Article 111-4 du code pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

pour l'Internet. Une autre voie a néanmoins été empruntée, au détriment des particularités dudit support.

Le législateur a choisi de ne pas concevoir un régime de responsabilité propre à l'Internet. Il a opté pour l'extension des règles applicables à la communication audiovisuelle, en prenant le risque de découvrir leur inadéquation. La loi du 21 juin 2004¹² a définitivement levé le doute sur l'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 à « Internet », sans toutefois employer le terme usuel. Le législateur a procédé par substitution terminologique, en modifiant la rédaction première de l'article. La « *communication au public par voie électronique* » a remplacé « *le moyen de communication audiovisuel* » présent dans l'ancienne version. Cette catégorie générique¹³ recouvre désormais la « *communication audiovisuelle* » et la « *communication au public en ligne* », définie par l'article 1^{er}-IV de la loi du 21 juin 2004 comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* ».

Cette adaptation, par extension, fait figure de tentative de neutralisation de l'Internet. Elle révèle, selon nous, la volonté du législateur de ne pas tomber dans des considérations techniques, afin de préserver une cohérence qu'elles seraient susceptibles d'affaiblir. La neutralisation renvoie autant au fait de ne pas prendre partie qu'à celui d'amoindrir, atténuer la force¹⁴ de quelque chose. Cette pluralité de sens ne peut qu'atteindre la volonté secrète du législateur. Par un traitement neutre de l'Internet, il convoite l'installation d'une égalité théorique entre les supports. Se faisant, il maintient l'Internet à un rang commun, ne traduisant pas toute l'ampleur de sa singularité. Un tel positionnement vis-à-vis de l'Internet ne peut que lui être préjudiciable. Il s'expose à devoir compléter l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, par des dispositions rompant avec sa tentative de neutralisation. En sus, il continue à considérer la presse périodique comme support de référence. Ce choix ne rend pourtant pas compte du basculement en cours de réalisation. Les supports traditionnels sont voués à disparaître, au moins quantitativement, alors que l'Internet poursuit inexorablement son extension. Dès lors, traiter l'Internet comme un média insusceptible de bénéficier d'une adaptation épousant les particularités techniques, paraît presque funambulesque.

¹² Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

¹³ Diane de Bellescize et Laurence Franceschini, *Droit de la communication*, Presses Universitaires de France, 2^e édition mise à jour, octobre 2011, p.474.

¹⁴ Le Petit Larousse Grand format, 100^e édition de 2005.

La loi du 12 juin 2009 a contrarié l'aspiration initiale du législateur à établir un régime de responsabilité pénale indifférent aux spécificités de l'Internet. Celle-ci a ajouté un alinéa à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, aménageant la responsabilité pénale du directeur de publication d'un forum de discussion. Aux termes dudit alinéa, « *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* ». Par sa rédaction perfectible, l'article égare sur son exacte application. En outre, il n'est nullement fait référence à la fixation préalable, alors que nous savons celle-ci déterminante, dans l'engagement de la responsabilité du directeur de publication¹⁵. L'alinéa n'est pas sans rappeler la responsabilité allégée bénéficiant au fournisseur d'hébergement¹⁶. Cette analogie amplifie la différence de traitement, entre le directeur de publication et le producteur. Par deux arrêts du 16 février 2010¹⁷, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a répercuté l'allègement de la responsabilité pénale sur le producteur, conformément à la « cascade ». De telles solutions faisaient montre d'une cohérence partielle, puisque la même personne physique était, tour à tour, poursuivie en sa qualité de directeur de publication puis de producteur. L'intervention ultérieure du Conseil constitutionnel¹⁸, saisi des dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 modifié, a corrigé une telle anomalie, en émettant une réserve d'interprétation. L'interprétation faite de cette dernière par la Cour de cassation a rompu la correspondance stricte entre la norme et son application.

A travers l'exemple des forums de discussion, on remarque que l'érection d'un régime de responsabilité équilibré n'intervient que par le concours du législateur, de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel. Les trois acteurs se répartissent presque le pouvoir normatif naturellement dévolu au premier, pour triompher des spécificités de l'Internet. Cette parenté partagée de la norme n'est toutefois pas satisfaisante, du point de vue de la logique poursuivie. Pour le cas particulier des forums, la responsabilité ne vient plus punir un

¹⁵ Cf. 1^{er} alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

¹⁶ Emmanuel Dreyer, *Droit de la presse et droits de la personnalité*, Recueil Dalloz 2011 p.780.

¹⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 février 2010, n°08-86.301 et n°09-81.064.

¹⁸ Décision n°2011-164 QPC du 16 septembre 2011.

même comportement. L'adaptation par extension se retourne dès lors contre le législateur, incapable d'anticiper les effets des modifications apportées. Il oscille entre deux régimes de responsabilité, ne répondant pas aux mêmes finalités.

L'exemple précédemment développé est révélateur de l'empressement avec lequel le législateur peut intervenir, sacrifiant la cohérence à la précipitation. En mêlant plusieurs problématiques, que sont notamment la difficile identification de l'auteur du contenu et l'imprécision de la notion de producteur, il suggère au législateur de modifier son approche, sans rompre avec l'ensemble de son œuvre. Le droit de réponse sur Internet offre un exemple choisi de la compatibilité entre le préexistant et les spécificités techniques de l'Internet¹⁹. Des modalités spécifiques ont été adoptées, en contredisant l'idée selon laquelle l'adaptation est nécessairement génératrice de confusion.

Par ailleurs, le droit de la presse n'échappe pas au contrôle de conventionalité, œuvre du juge judiciaire ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Souvent invoqué devant les deux organes juridictionnels, l'article 10 de la CEDH influence considérablement notre droit. Au cœur de notre étude, le régime de responsabilité « en cascade » de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 a également été soumis à l'appréciation du juge européen²⁰. Celui-ci portait, en partie, sur la présomption de culpabilité instaurée à l'égard du directeur de publication. La Cour était tenue de statuer sur l'articulation devant être faite entre la présomption de mauvaise foi, de l'auteur des propos diffamatoires, et la présomption résultant de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. En étendant l'article susmentionné à la communication au public en ligne, le législateur a donc reporté la difficulté d'appréciation de la présomption, sur laquelle repose pourtant la « cascade ». L'argumentation renvoyait directement à l'élément moral de l'infraction de presse. Or, si « *le fait de publication étant l'élément par lequel les délits de presse sont consommés*²¹ » l'intention doit être observée sans s'en départager. Celle-ci est cependant plaquée à la matérialité. En effet, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 procède d'un certain artifice, puisque le directeur de publication, apparaissant en premier dans l'échelle de responsabilité, n'est pas à l'origine du propos litigieux et ne participe nullement à l'opération effective de publication. Son rôle se situe en

¹⁹ Emmanuel Derieux, *Retour sur les modalités du droit de réponse*, Petites affiches, 18 novembre 2008, n°231, p.3.

²⁰ Affaire Radio France et autres contre France, Cour européenne des droits de l'homme, 30 mars 2004.

²¹ Cour de cassation chambre criminelle, 6 octobre 1992, n°90-80.684. Bulletin criminel 1992 n°303 p.819.

amont, dans la vérification du contenu publié. Ce « *devoir de surveiller et de vérifier*²² » permet de présumer son intention. De plus, sur Internet, à cette démonstration de l'élément moral, se greffent des considérations purement techniques.

C'est ici à une autre forme de neutralité, à laquelle nous faisons référence. Sur Internet, le lien entre l'information et sa diffusion impose le recours à des intermédiaires, pour lesquels la fonction interdit de présumer la connaissance de l'information litigieuse. C'est notamment le cas pour le fournisseur d'hébergement. Si leur responsabilité pénale n'est pas totalement écartée, celle-ci ne s'articule pas explicitement avec l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. A ce stade, on notera uniquement que le régime de responsabilité intéressé contraste avec le précédent, en ce qu'il réintègre la connaissance effective de l'information litigieuse.

La neutralité technique peut également être celle du logiciel, générant des suggestions suivant des formules mathématiques complexes. L'application de la loi sur la presse devant le juge civil a permis de constater une persistance de l'élément moral. Le contentieux « Google suggest » est venu alimenter les cas où « *la responsabilité civile adopte désormais les règles de fond et de forme régissant la responsabilité pénale spéciale des médias*²³ ». Cette utilisation des règles de la loi de 1881, devant les juridictions civiles²⁴, vient obscurcir la place accordée à la responsabilité pénale.

Les différents points abordés sont donc autant de problématiques que pose l'adaptation d'une responsabilité pénale à Internet. Il est vrai, celle-ci accentue la difficulté du travail du législateur, en lui imposant une conceptualisation de ses spécificités. L'application de la norme à la réalité technique se double d'une exigence de cohérence. Or, le législateur tente d'accéder à celle-ci, en prélevant dans les dispositions existantes, au risque de perturber l'équilibre d'ensemble. Par cette adaptation, il continue à enrichir la nature des concepts du droit pénal, comme le caractère instantané de l'infraction, confronté à la mise en ligne prolongée d'un message. Rapportée à notre étude, la question de l'adaptation doit revêtir une

²² Cour de cassation chambre criminelle, 23 février 2000, n°99-83.928.

²³ Emmanuel Dreyer, *Responsabilité civile et pénales des médias*, Lexisnexis, 3^e édition, 2011. p.9.

²⁴ Cour de cassation, assemblée plénière, 12 juillet 2000, n°98-11.155 « *Mais attendu que 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 ; qu'ayant retenu que la publication des propos litigieux relevait des dispositions de l'article 34, alinéa 1er, de ladite loi, la cour d'appel a décidé à bon droit que les époux X... ne pouvaient être admis à se prévaloir de l'article 1382 dudit Code* ».

formulation plus précise. Par l'extension des règles de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, le législateur est-il parvenu à atteindre la cohérence ambitionnée ?

L'extension des règles de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 participe d'un mouvement global de reprise des éléments contenus dans la loi du 29 juillet 1881. Tel est le cas de la courte prescription de l'article 65 de la loi susvisée et du droit de réponse. Comme en matière de responsabilité, l'adoption de ces règles pouvait passer par la négation des spécificités techniques de l'Internet, comme par leur reconnaissance. Dans ce traitement par analogie des supports, la responsabilité pénale ne fait pas exception. Recherchée par le législateur, la neutralisation de l'Internet par l'extension des règles de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 invite le juge à intervenir, afin d'appropriier concrètement ce régime (**Partie I**).

L'effort de neutralisation s'est cependant avéré vain. Tout d'abord, le législateur a étendu un régime de responsabilité dérangé par ses propres failles. Les spécificités de l'Internet ont également rejailli à travers certains services, pour lesquels la responsabilité en « cascade » montre son inaptitude à pleinement embrasser la potentialité du support. Enfin, la réticence de la doctrine à voir, dans l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, un article adapté, a été confirmée par l'application faite par les juridictions dudit article. Ce « faisceau d'indices » informe de la neutralisation à jamais imparfaite de l'Internet, support traditionnel en devenir (**Partie II**).

- **Partie première : Une neutralisation de l'Internet, par l'élargissement de règles de responsabilité existantes**
- **Seconde partie : Une neutralisation de l'Internet mise à l'épreuve**

Partie première : Une neutralisation de l'Internet, par l'élargissement de règles de responsabilité existantes

Droit de réponse et courte prescription adaptés à Internet montrent un rattachement à la cardinale loi du 29 juillet 1881. Un tel lien n'est pas anodin, en ce qu'il trahit une vraisemblable volonté du législateur de ne pas dénaturer l'héritage laissé par ses prédécesseurs. La responsabilité « en cascade » applicable à l'Internet offre un exemple particulièrement éloquent de l'état d'esprit animant ses manœuvres. Le législateur se retrouve continuellement bloqué entre l'impératif de maintenir une unité entre les supports et la nécessité de prendre en compte les spécificités de l'Internet. Dans cette recherche légitime d'un équilibre, il multiplie ses interventions, en s'exposant à obscurcir le régime de responsabilité applicable (**chapitre I**).

Le juge, « bouche de la loi » selon l'expression consacrée, aura la lourde mission d'animer l'échelle de responsabilité mise à sa disposition par les textes. Facilité par la reconnaissance explicite de la soumission de l'Internet à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, son travail n'est cependant pas exempt de toute difficulté (**chapitre II**). L'identification des acteurs est brouillée par la singularité du support. Bien souvent, l'auteur des propos litigieux trouvera, dans l'anonymat, la plus confortable des protections. La « cascade » suivra alors son cours, pour toucher un producteur dont on ne cerne que partiellement l'identité propre. Par ailleurs, en ajoutant un alinéa à l'article 93-3, la loi du 12 juin 2009²⁵ a participé à perturber un système dont on percevait la logique. En voulant restreindre la responsabilité du directeur de publication pour les « espaces de contributions personnelles », le législateur a forcé le Conseil constitutionnel à intervenir. Le juge est alors tenu de rechercher les responsables, en appliquant le texte, à la lumière de la réserve d'interprétation émise.

- **Chapitre I : L'adoption d'une responsabilité en cascade inspirée de la loi du 29 juillet 1881**
- **Chapitre II : L'application de la responsabilité en cascade effectuée par le juge**

²⁵ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009, art. 27-II.

Chapitre I : L'adoption d'une responsabilité « en cascade » inspirée de la loi du 29 juillet 1881

Isolement considéré, le régime de responsabilité applicable à l'Internet n'offre qu'une vision incomplète du traitement réservé au support, par le législateur. En conséquence, il apparaît opportun de ne point circonscrire la présente étude à la présentation de la responsabilité « en cascade » adoptée. La dimension profondément symbolique de la loi *sur la liberté de la presse* ne devait pas être altérée par l'arrivée d'une technologie nouvelle. Pour le Professeur Emmanuel Derieux, la communication au public en ligne n'appelle pas de « *droit nouveau ni de révolution ni même d'évolution marquante du droit des médias*²⁶ ». Reportée à notre étude, c'est donc cette absence de « *révolution* », qu'il convient d'appréhender, en s'attardant sur la reprise de certains éléments identitaires de la loi du 29 juillet 1881 (**section 1**).

Comme pour devancer l'absence apparente de bouleversement causé par l'Internet, l'extension de la responsabilité « en cascade » de l'article 93-3, de la loi du 29 juillet 1982, atteste d'une intervention législative modérée (**section 2**). Agissant dans la sauvegarde des propriétés de la loi de 1881, le législateur semble opter pour une perpétuation d'ordre traditionnel, en s'exposant à une éventuelle inadaptation que le juge devra solutionner.

²⁶ Emmanuel Derieux, *Droit des médias*, L.G.D.J Lextenso éditions, 6^e édition, avant-propos de la 5^e édition aout 2007.

Section 1 : La liaison entre la loi sur la liberté de la presse et l'Internet

La loi de 1881, qui « assure le triomphe de la liberté de la presse²⁷ » ne constitue pas une loi classique. Sa seule survivance relève presque de l'anachronisme. Comme un exemple provocateur de pérennité à l'heure de l'inflation législative, sa préexistence serait de nature à susciter la plus grande des perplexités, parmi les observateurs profanes. Certaines dispositions précipitent le texte au rang des plus remarquables. Il en va ainsi de la « prescription emblématique²⁸ » de trois mois, prévue par l'article 65 de la loi de 1881. De ce délai abrégé, le législateur a été obligé de connaître, pour encadrer la commission des infractions de presse commises sur Internet. La reprise dudit délai constitue un premier indice éloquent, quant à la perception de l'Internet par le législateur (§1). Spécificité du droit de la presse, le droit de réponse peut similairement être prélevé dans la palette des dispositions de loi de 1881, dans le cadre de notre démonstration.

Il faut se référer à l'article 13 de la loi susmentionnée, pour localiser la source du fameux droit de réponse. La lecture dudit article n'avance toutefois que peu le lecteur quant à l'applicabilité de ce droit pour la communication au public en ligne. C'est aux « journaux ou écrits périodiques » que l'article réserve effectivement son application. Suivant l'ordre chronologique, la recherche du droit de réponse appliqué à Internet s'interrompt à l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982. Maintenu en vigueur par la loi Léotard n°86-1067 du 30 septembre 1986, ce dernier mentionne un droit de réponse dissemblable de son modèle de 1881. Une nouvelle fois néanmoins, l'espoir se tarit. C'est « dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle » que ce droit de réponse s'exerce. L'article 6-IV de la loi du 21 juin 2004 lève tout doute, quant à l'existence d'un droit de réponse exerçable sur Internet.

Le droit de réponse appliqué à la communication audiovisuelle a ainsi été délaissé par le législateur, au profit d'un droit approprié aux services précités. Le législateur retient un droit de réponse spécifique, sans pour autant abandonner celui prévu par la loi de 1881 (§2). Par cette autonomie essentiellement formelle, on retrouve la manifestation d'un attachement à *loi sur la liberté de la presse*.

²⁷ Diane de Bellecize et Laurence Franceschini, *Droit de la communication*, Presses Universitaires de France, 2^e édition mise à jour.

²⁸ Agathe Lepage, *L'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881*, Communication commerce électronique n°3, mars 2013 com.30.

§1- Droit de réponse appliqué à l'Internet

Le législateur a fini par reconnaître un droit de réponse pour « *un service de communication au public en ligne*²⁹ » (B), en prenant pour modèle celui contenu dans la loi du 29 juillet 1881 (A). Ce droit de réponse, en ce qu'il intègre la multiplicité des acteurs de l'Internet, coïncide avec l'objet même de notre étude.

A) Le droit de réponse originel

Le droit de réponse pourrait valablement être identifié comme la « *consécration d'un principe de contradiction informationnelle*³⁰ ». Plus généralement, il n'est pas sans rappeler le principe du contradictoire, résultant lui-même de la notion de procès équitable³¹. Il faut se référer à l'article 13 de la loi de 1881, pour pleinement assimiler ledit droit. L'article prévoit la possibilité pour « *toute personne nommée ou désignée* » d'adresser une réponse au « *directeur de publication* ». On sait la mention de ce dernier obligatoire, aux termes de l'article 11 de la loi de 1881, obligeant l'impression de son nom « *au bas de tous les exemplaires* ». La réponse gratuite concerne ici « *les journaux ou écrits périodiques* ». De cette limitation ouvertement exprimée par le législateur, nous pouvons en déduire l'exclusion des autres médias. Or, même si « *la reconnaissance d'un tel droit n'a pas toujours facilement ni rapidement suivi l'évolution des techniques de communication*³² », celle-ci a fini par être consacrée. Il en va ainsi du droit de réponse applicable à la communication au public en ligne.

Par la reconnaissance d'un droit de réponse, le législateur engage la loi du 29 juillet 1881 sur la voie de la conciliation. Repris de la loi du 29 septembre 1919³³, ledit droit témoigne d'une recherche de transparence, pour tranquilliser le justiciable dans ses rapports avec la presse. Le législateur a cherché à instaurer un équilibre, entre l'émetteur de l'information et son destinataire. La loi est ainsi « *extrêmement libérale mais également protectrice des droits de la personne*³⁴ ». Par la compréhension de ces intérêts parfois contradictoires, le législateur semble ambitionner un certain idéal, résidant dans l'octroi d'un

²⁹ Article 6-IV de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004.

³⁰ Emmanuel Dreyer, *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, Litec, paru en décembre 2009.

³¹ CEDH, 28 mai 1992, arrêt Brandstetter c. Autriche.

³² Emmanuel Derieux, *Op. cit.*, p.533.

³³ Article 13 de la loi du 29 septembre 1919.

³⁴ Colloque Presse-Liberté, *La loi de 1881 Loi du XXIe siècle ?*, Presses Universitaires de France, article de Marie-Christine de Percin Actualité de la loi de 1881 p.21.

contrepoids au pouvoir de la presse. La participation active du mis en cause, dans l'affirmation de ses droits, permettrait une autorégulation, ne nécessitant pas l'intervention du juge pénal. Il pourrait s'agir d'une des expressions concevables du pacte social, défendu par Jean-Jacques Rousseau, dans son ouvrage datant de 1762, *Du contrat social*. L'exercice du droit de réponse ne peut cependant pas reposer sur une confiance idéalisée en les protagonistes. Aussi, le législateur réprime le défaut d'insertion de la réponse, tout comme celui de se soustraire aux conditions formelles déterminées par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881. En outre, le juge s'est parfois vu dans l'obligation d'intervenir, pour préserver ce droit d'un exercice excessif.

Si ce droit de réponse assure la protection de la personnalité de la personne « *nommée ou désignée* », il ne doit pas déboucher sur l'enfantement d'un déséquilibre nouveau. Le juge a ainsi affirmé que ce droit « *doit, en application de l'article 10 § 2 Conv.EDH, être strictement limité à ce qui est nécessaire à la protection de la réputation et des droits d'autrui ; il ne doit pas dégénérer en tribune libre et ouverte*³⁵ ». De la crainte de cette dégénérescence nommée, résulte donc une idée sublimée de ce que devrait être le droit de réponse. Son exercice se heurte cependant à des abus, corrompant le dessein initial du législateur. Cet abus est notamment constitué, lorsque son exercice est destiné à une finalité « *étrangère à la défense des droits de la personnalité*³⁶ ». La seule subsistance jurisprudentielle d'exemples d'abus témoigne de la mauvaise réception régulière de ce droit. Elle révèle l'incapacité de certains à localiser le centre de gravité de la liberté d'expression. En utilisant son droit de réponse dans une perspective exagérée, le justiciable porte atteinte à la liberté d'expression, socle de la loi de 1881, sans même en prendre conscience. L'officialisation de ces abus a définitivement été achevée par l'identification de plusieurs faits justificatifs. Par ces faits, dont la contrariété à la loi du contenu de la réponse adressée, « *la matérialité du délit peut être neutralisée*³⁷ ».

Comme pour permettre une transition de circonstance, on pourrait déduire des abus susmentionnés la nécessité générale d'édicter une norme claire, offrant un repère au justiciable. Ce droit de réponse, gage défectueux d'un équilibre entre la liberté de la presse et

³⁵ TGI Paris, 11 septembre 1996 : *Légipresse* 1997, n°139-III, note Derieux.

³⁶ Anne Bertrand, *L'effectivité de la protection de la liberté de la presse*, Petites affiches 15 juillet 1999 n°140, p.14.

³⁷ *Traité de droit de la presse et des médias*, sous la direction de Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, LexisNexis Litec, 2009, p.549.

les droits du justiciable, doit être encadré par le législateur, concernant l'Internet. Plus que sur tout autre support, les individus s'exposent à voir apparaître des articles justifiant la jouissance d'un droit de réponse effectif. Avant la loi du 21 juin 2004, le régime juridique de ce droit de réponse apparaissait « *incertain, voire inexistant* ». Les deux adjectifs ont été employés par le Tribunal de Grande Instance de Paris, dans une ordonnance rendue en référé le 5 juin 2002³⁸. La juridiction avait, tout d'abord, écarté le droit de réponse de l'article 13, en raison de l'absence de périodicité du service électronique. Le service intéressé impliquait « *une mise à jour continue* ». La juridiction avait ensuite écarté les dispositions de la loi du 29 juillet 1982 relatives au droit de réponse en matière audiovisuelle, au regard « *des mesures matérielles prescrites pour la diffusion de la réponse, inadaptées à un service de communication en ligne* » et « *aux difficultés tenant à la détermination des dates précises* ». La mention d'une inadaptation confronte bien à un problème d'importance, lié à la particularité du support. Plus subtile, est la disposition obligeant une périodicité de l'écrit, faisant défaut à Internet. De plus, certains sites prévoient déjà la possibilité de réagir aux articles postés. Dans pareille hypothèse, la prévision d'un droit de réponse additionnel paraîtrait bien superflue **(B)**.

B) Le droit de réponse élaboré pour l'Internet

Mettant fin à une période d'incertitude, l'article 6-IV de la loi du 21 juin 2004 a consacré un droit de réponse propre à l'Internet. Son exercice ne se heurte donc plus « *à l'absence de règles spécifiques*³⁹ ». La « *personne nommée ou désignée* », dans « *un service de communication au public en ligne* » dispose d'un droit de réponse. Cette personne est donc plus largement admise à solliciter une réponse qu'en matière de communication audiovisuelle, où seules « *les imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation*⁴⁰ » peuvent lui permettre un l'exercice de ce droit. Le lien de parenté avec l'article 13 de la loi de 1881, apparaît avec une intense netteté. C'est à l'aune des observations doctrinales que le législateur a tenté d'élaborer ce droit de réponse, chaperonné par l'esprit de la loi de 1881.

³⁸ Tribunal de Grande Instance de Paris Ordonnance de référé du 5 juin 2002 ; *legalis.net*.

³⁹ Christophe Bigot, avocat au barreau de Paris, *L'exercice d'un droit de réponse et l'Internet*, Gazette du Palais, 14 mai 2002 n°134, p.6.

⁴⁰ Article 6 Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, modifié par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004.

Le directeur de publication se voit adresser la demande d'exercice du droit de réponse ou « *lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, à la personne mentionnée au 2 du I qui la transmet sans délai au directeur de la publication* ». Cette dernière n'est autre que le fournisseur d'hébergement, que nous découvrirons dans des développements ultérieurs (*Cf. partie II*). La loi rentre ainsi dans des considérations techniques, rompant avec l'apparente simplicité de l'exercice du droit de réponse en matière de presse écrite. Au stade du droit de réponse, la détermination des personnes intéressées par le texte pose manifestement problème. Le Professeur Patrick Auvret exprime la précarité latente d'un tel système, en relevant que « *l'envoi de la réponse au créateur de contenu, supposé éditeur, supposé directeur de la publication risque d'apparaître comme une bouteille jetée à la mer*⁴¹ ». Cette pluralité des intervenants, présents dans une chaîne, annonce déjà toute la complexité demeurant dans la détermination des responsables sur l'Internet.

L'irrespect de ce droit de réponse constitue une infraction pénale. Cette nature infractionnelle n'est pas sans rappeler les propos développés antérieurement et l'insuccès d'une autorégulation, affranchie de toute immixtion du juge pénal.

Par des procédés techniques courants, l'Internet pourrait contourner les obligations formelles du droit de réponse, en prévoyant un espace éventuellement dédié à celui-ci. C'est justement le sens de l'article 1^{er} du décret du 24 octobre 2007⁴². Le droit de réponse ne peut ainsi être utilisé « *lorsque les utilisateurs sont en mesure, du fait de la nature du service de communication au public en ligne, de formuler directement les observations qu'appelle de leur part un message qui les met en cause* ». La potentialité du service est donc prise en compte par le décret. Cette formulation directe d'observations contraste avec l'immutabilité des « *journaux ou écrits périodiques*⁴³ ». L'Internet constitue un support mouvant, parfaitement perméable aux réactions de ses utilisateurs. Dans une recommandation sur « *le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias*⁴⁴ », le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avait affirmé la pertinence d'un droit de réponse sur l'Internet, constituant « *une voie de recours particulièrement appropriée dans l'environnement en ligne, étant donné la possibilité de correction instantanée des informations contestées et la facilité*

⁴¹ Patrick Auvret, *Le droit de réponse en ligne : jeu de miroirs*, Gazette du Palais, 05 décembre 2006, n°339, p.2.

⁴² Décret n°2007-1527 du 24 octobre 2007,

⁴³ Article 13 (Loi 29 septembre 1919), Loi 29 juillet 1881, Sur la liberté de la presse.

⁴⁴ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation 2004(16).

technique avec laquelle les réponses émanant des personnes concernées peuvent y être jointes».

Cette interactivité, plus significative que dans la communication audiovisuelle (radio, émissions de télévisions diffusées « en direct ») précipite aussi l'Internet dans un usage dévoyé de la liberté d'expression. Le droit octroyé déclenche alors des violations de la loi de 1881. Là où le droit de réponse s'exerce plus facilement, le contentieux est aussi quantitativement plus important.

Par ailleurs, l'article 6-V de la loi du 21 juin 2004 rend applicables les dispositions des chapitres IV et V de la loi du 29 juillet 1881 aux services de communication au public en ligne. Le point de départ du délai d'exercice du droit de réponse a toutefois soulevé un nombre élevé d'interrogations. Pour les messages exclusivement communiqués en ligne, le législateur voulait faire partir le délai d'exercice du droit de réponse à compter de la date à laquelle cessait la mise à disposition. Le point de départ restait le même, pour un message dont le contenu était identique sur le support informatique et sur le support papier. Saisi dans les conditions prévues à l'article 61 deuxième alinéa de la Constitution, le Conseil constitutionnel a commencé par rappeler que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la finalité de la loi qui l'établit*⁴⁵ ». Il a néanmoins considéré que « *la différence de traitement instaurée en matière de droit de réponse (...) dépassait manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* ». Si le Conseil reconnaît donc la spécificité de l'Internet, à travers la « *situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* », il ne cautionne pas le traitement voulu par le législateur. La solution spécifique, liée aux particularités de la mise à disposition, « *en termes d'accessibilité des messages et de permanence de leur diffusion*⁴⁶ », n'a pas été jugée nécessaire par le Conseil constitutionnel. Pour le droit de réponse, celui-ci a donc déclaré contraires à la Constitution les mots « *tant que ce message est accessible au public* », du premier alinéa du IV de l'article 6 et les mots « *la date à laquelle cesse* » du deuxième alinéa du même paragraphe.

⁴⁵ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004.

⁴⁶ Observations du gouvernement, décision n°2004-496 DC.

Les applications jurisprudentielles finissent de dévoiler que « *petit à petit le droit de réponse sur Internet montre ainsi qu'il est bien le « petit frère » du droit de réponse de la presse écrite et qu'il marche sur ses traces*⁴⁷ ». Cependant, le régime unique touchant le délai d'exercice du droit de réponse, nonobstant la singularité de l'Internet, révèle l'impuissance manifeste du législateur à instaurer un régime parfaitement calqué aux spécificités du support. Sans renier son lien de parenté avec l'article 13 de la loi de 1881, le droit de réponse, appliqué à la communication au public en ligne, en donne une « *image déformée*⁴⁸ ».

Le législateur tente donc de trouver un point d'équilibre entre la reproduction de dispositions existantes et l'adaptation aux spécificités marquées de l'Internet. On retrouve cette même volonté de conciliation, concernant le délai de prescription (§2).

§2- Internet et la prescription diminuée de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881

La loi de 1881 se démarque d'autres textes, en raison de ses nombreuses particularités procédurales. Elle tire une partie de son identité même, dans l'exploitation de mesures dérogatoires au droit commun. Alors que l'article 8 du Code de procédure pénale prévoit, en matière de délit, une prescription de « *trois années révolues* », tel n'est pas le cas concernant la poursuite des infractions de presse. Il faut se référer à l'article 65 de la loi de la loi de 1881, pour trouver la racine d'un délai appliqué à la réalité de la matière. L'article susvisé dévoile une prescription de « *trois mois révolus* », à compter du jour de la commission de l'infraction de presse ou « *du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait* ». Cette prescription écourtée est rendue applicable à la communication en ligne, par l'article 6-V de la loi LCEN. Par ce rapport au temps révolutionné, le législateur a érigé la prescription en une disposition procédurale protectrice de la liberté d'expression. Il impose à la victime de l'infraction une certaine réactivité, pressée par la profusion des informations et leur constante alimentation. Cette nécessaire diligence de la victime pourrait sembler gênante, eu égard au but tutélaire de la norme pénale. La transgression de la norme ne doit pas connaître d'un délai de prescription piétinant les droits de la victime, au prétexte d'une liberté d'expression renforcée. Aussi, la permanence du message diffusé par un service de communication au public en ligne révèle un illogisme, confrontée à l'exercice écourté de l'action publique et de l'action civile. Cette argumentation semble avoir été entendue par certaines juridictions,

⁴⁷ Agathe Lepage, *Précisions diverses sur les droits de réponse de la presse écrite et d'Internet*, Communication commerce électronique n°5, mai 2008, comm. 72.

⁴⁸ Patrick Auvret, article précité de la Gazette du Palais.

soucieuses de protéger la victime, en modifiant la date du délai de point de départ de la prescription (A). La Cour de cassation a cependant refreiné cette perception évasive du point de départ dudit délai, réaffirmant l'instantanéité de l'acte de publication (B).

A) Un point de départ traditionnel trompé par les caractéristiques techniques

Le point de départ du délai de prescription de l'action publique est noué à la distinction entre l'infraction instantanée et l'infraction continue. Alors que, pour l'infraction instantanée, le délai commence à courir au jour de la commission de l'acte incriminé, il en est autrement concernant l'infraction continue. Pour cette dernière en effet, ce délai ne débute qu'à partir de la cessation dudit comportement. Le départ du délai de prescription est ainsi fonction de la perception de la matérialité de l'infraction. L'infraction instantanée consacre, de la sorte, un comportement contenu dans un laps de temps comprimé, contrairement à l'infraction continue qui embrasse un comportement se prolongeant dans le temps. Pour le Professeur Yves Mayaud⁴⁹, la première « *unité de temps* » qu'est l'instantanéité correspond « *au plus petit dénominateur commun* », à l'opposé de la continuité, « *ancrage dans le temps extensible à l'infini* ». Cette peur de « *l'infini* » prend une dimension toute particulière sur l'Internet, support sur lequel les informations peuvent s'amonceler, sans pour autant disparaître. Il appartient à l'utilisateur d'employer les moyens nécessaires, pour retrouver les informations. Celles-ci rétrogradent uniquement dans leur ordre d'apparition. Cette rétrogradation n'est synonyme d'extinction que pour les utilisateurs les moins confirmés. Internet serait ainsi le terrain le plus propice à l'imprescriptibilité. Le spectre de cette dernière n'a pourtant pas effrayé certaines juridictions.

Dans l'affaire *Licra c/Costes*, la cour d'appel de Paris, le 15 décembre 1999⁵⁰, a ainsi reconnu la continuité de l'acte de publication. Aux termes de l'arrêt, « *sur internet, la publication résulte de la volonté renouvelée de l'émetteur qui place le message sur un site, choisit de l'y maintenir, de le modifier ou de l'en retirer quand bon lui semble* ». Si les caractéristiques techniques abondent dans le sens d'une telle décision, il apparaîtrait cependant dangereux de déduire « *la volonté renouvelée de l'émetteur* » du maintien en ligne du message litigieux. Son omission de retirer le message traduirait une volonté positive de le

⁴⁹ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, puf droit, 3^e édition mise à jour, p.194 collection droit fondamental classiques.

⁵⁰ CA Paris, 11^e ch. Corr., 15 décembre 1999 : JCP G 2000, II, 10281, note P. Schmidt et V. China.

maintenir en ligne, au même titre que la modification. Il ne s'agirait donc plus d'une « *intention renouvelée* » mais d'une intention prolongée. De l'omission, le juge déduirait une forme d'intention coupable, dissimulée derrière le caractère continu de l'infraction. Le 27 novembre 2001, la Cour de cassation avait cassé l'arrêt susmentionné. Saisie sur renvoi, la cour d'appel de Paris réaffirma cependant, le 29 janvier 2004, que l'action publique n'était pas acquise, en relevant « *qu'en créant un nouveau mode d'accès à son site, Jean-Louis C. a ainsi renouvelé la mise à disposition des textes incriminés dans des conditions assimilables à une réédition*⁵¹ ».

Dans cette affaire, la multiplication des arrêts illustre la vivacité du débat portant sur le point de départ du délai de prescription de l'article 65, sur l'Internet. Sa correspondance avec le jour de la première publication ne semblait pas être parfaitement intuitive. Dans sa prise en considération des spécificités de l'Internet, les cours d'appel avaient en fait fait un support distinct des autres, justifiant une adaptation du droit positif. L'affaire *Licra c/Costes* étudiée a cependant connu un ultime pourvoi. Dans son arrêt du 6 janvier 2009⁵², la Cour de cassation n'a pas été convaincue par le raisonnement adopté dans l'arrêt du 29 janvier 2004 et a renoué avec le caractère instantané de la publication réalisée sur Internet (**B**). La Cour de cassation a définitivement clôt la « *saga judiciaire*⁵³ », en excluant le raisonnement suivi. On peut voir dans cet arrêt la confirmation du fait qu'il est « *difficile, pour une même infraction, de retenir des conceptions différentes quant à leur mode de réalisation matérielle*⁵⁴ ».

B) Une reconnaissance de l'instantanéité niant les caractéristiques techniques

Le droit est parfois prisonnier de sa rigueur. Cet emprisonnement consenti le protège d'une adaptation précipitée aux changements que la société traverse. En optant pour l'instantanéité de l'infraction, la Cour de cassation préserve les supports d'un traitement différencié. Elle maintient la norme dans une forme de cohérence, apparemment insensible aux spécificités de l'Internet. Malgré l'affirmation répétée de cette solution, le débat sur la nature infractionnelle persiste. En outre, si le Professeur Yves Mayaud considère que « *par les possibilités d'intervention inhérente à l'informatique, très à l'avantage d'une continuité*

⁵¹ Cour d'appel de Paris 11ème chambre, section B arrêt du 29 janvier 2004. *Legalis.net*

⁵² Cour de cassation chambre criminelle arrêt du 6 janvier 2009, Jean Louis c. / Ministère public. *Legalis.net*

⁵³ *Une seconde adresse d'accès à un site ne constitue pas une nouvelle publication*, Brève d'actualité de 2009 sur *legalis.net*

⁵⁴ Yves Mayaud, *Op. cit.*, p.230.

*d'action sur le message diffusé, l'agent a la maîtrise d'un état durable, ce qui justifie que l'infraction puisse être considérée comme continue*⁵⁵ ». A l'inverse, le Professeur Agathe Lepage souligne que l'infraction « *peut (donc) très bien avoir un élément matériel qui se réalise en un trait de temps et créer une situation qui se prolonge durablement- que ce soit sur Internet ou par un livre par exemple. Ces effets qui se prolongent dans le temps caractérisent l'infraction permanente, dans laquelle on peut voir une sous catégorie de l'infraction instantanée*⁵⁶ ». Cette confrontation doctrinale illustre l'impossibilité d'apposer une appréciation définitive sur la nature exacte de l'infraction.

Dans un arrêt du 16 octobre 2001⁵⁷, la Cour de cassation a réaffirmé que le point de départ du délai de trois mois, prévu à l'article 65 de la loi de 1881, devait être fixé « *à la date du premier acte de publication* ». Pour l'Internet, cette date correspond à la date « *à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs* ». L'instantanéité de l'infraction est, par conséquent, affirmée par la juridiction. L'arrêt *Costes* de 2009, précédemment cité, s'inscrit dans une même logique, en exprimant « *que la simple adjonction d'une adresse pour accéder à un site existant ne saurait caractériser un nouvel acte de publication de textes figurant déjà à l'identique sur ce site* ». La jurisprudence limite la prise en compte de la réitération, aux cas où la publication initiale a suffisamment été modifiée. Il en allait ainsi dans un jugement rendu le 26 février 2002⁵⁸, dans lequel il avait été considéré que chaque mise à jour constituait une infraction nouvelle. En l'espèce, le délai de prescription recommençait à compter de chaque mise à disposition d'un nouvel objet litigieux aux internautes.

La réitération est prise en compte par le législateur, seulement dans la mesure où elle débouche sur une infraction nouvelle. Un tel positionnement est donc parfaitement conciliable avec la solution dégagée par la Cour de cassation. Vraisemblablement mécontent du point de départ retenu par la « Cour suprême », le législateur a écorné le bien-fondé des arrêts rendus, en essayant d'instaurer une prescription tenant compte des conditions d'accessibilité du message dans le temps, sur l'Internet.

⁵⁵ Yves Mayaud, *Op. cit.*, p.230.

⁵⁶ Agathe Lepage, *LCEN libertés sur Internet*. Cybercriminalité, CCE n°9, septembre 2004, étude 24.

⁵⁷ Crim. 16 octobre 2001, Bull. crim. n°211 ; JCP 2002. II. 10028 note Blanchetier.

⁵⁸ TGI de Paris 26 février 2002, *Légipresse* 2002, n°192, I, p.73.

C'est à l'occasion de la loi du 21 juin 2004, que le législateur a cherché à différer le point de départ du délai de prescription sur l'Internet, au jour de la cessation de la mise à disposition des messages exclusivement communiqués en ligne. Reprenant l'argumentation auparavant développée à l'occasion de l'étude du droit réponse sur Internet, le Conseil constitutionnel⁵⁹ a désapprouvé une telle représentation du point de départ du délai. Il a déclaré contraire à la Constitution les dispositions visant à limiter le point de départ du délai de prescription à la première publication, aux seuls messages identiques sur le support informatique et sur le support papier.

Pour le Professeur Yves Mayaud, « *la solution n'est pas une condamnation de la thèse « continue »⁶⁰* ». L'auteur déduit son affirmation des termes de la décision du Conseil constitutionnel, selon lesquels « *par-elle-même, la prise en compte des 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* ». La censure du Conseil des « neufs sages » ne porterait donc pas sur le caractère continu de l'infraction « *qui reste juridiquement du domaine du possible, mais sur la diversité des régimes de prescription en fonction du caractère exclusif ou non du support informatique comme moyen de diffusion* ».

Le débat relatif à la nature infractionnelle survit, par conséquent. L'indétermination de ladite nature montre la difficulté des concepts du droit pénal général à s'appliquer aux caractéristiques de l'Internet. La soumission à un même point de départ du délai de prescription du support papier et informatique ne paraît pas satisfaisante. La prolongation des effets de la publication est plus ostensible sur l'Internet. A cette réalité pourtant, la Cour de cassation reste imperméable. Persiste le sentiment qu'une différence de traitement serait admissible, eu égard à l'absence de contrariété affirmée par le Conseil constitutionnel. Un régime intermédiaire doit être trouvé, entre « *ce qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique⁶¹* » et l'égalité actuelle de traitement. Une chose est sûre, l'augmentation du délai de prescription pour les infractions raciales, antisémites,

⁵⁹ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004.

⁶⁰ Yves Mayaud, *Op. cit.*, p.231.

⁶¹ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004.

xénophobes ou négationnistes⁶², instaurée par la loi Perben II du 9 mars 2004⁶³, constitue une solution pour le moins perfectible. La modification touche exclusivement le *quantum* du délai et non son point de départ. Par cette intervention délimitée, le législateur contourne la problématique inhérente à la nature de l'infraction. En cherchant à faciliter la poursuite de ces infractions sur l'Internet, il a instauré une hétérogénéité dans les délais de prescription. Il se voit, en conséquence, dans l'obligation d'agir par retouches successives, dans un effort d'harmonisation. C'est justement le sens d'une proposition de loi des députés Catherine Quéré et Jean-Marc Ayrault déposée le 5 octobre 2011, visant « à faire passer de trois mois à un an le délai de prescription applicable aux délits de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, de diffamation et d'injure commis à l'encontre des personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, ou de leur handicap⁶⁴ ». Transmis à l'Assemblée nationale le 7 février 2013 pour deuxième lecture, le texte ne simplifie pas la compréhension de la loi de 1881. On sait le législateur animé par la volonté d'entendre les spécificités de la diffusion sur Internet, emportant, par la même, les autres supports. On peut déduire de cette méthode, une incapacité à trouver une solution délimitée à Internet, ne se heurtant pas à une rupture disproportionnée d'égalité.

En 2002, le Professeur Emmanuel Derieux remarquait que « combinées aux règles de procédure civile et pénale, générales ou communes, dont elles se distinguent en même temps qu'elles se surajoutent à elles, les dispositions particulières de la loi du 29 juillet 1881, parmi lesquelles celles de son article 65 qui sont relatives au délai de prescription de 3 mois, sont sources de trop d'incertitudes et de difficultés pour garantir à tout un chacun le droit à un procès équitable⁶⁵ ». Persiste pourtant le sentiment que toutes les incertitudes n'ont pas encore été levées, après la loi du 21 juin 2004. Si le législateur a repris le délai de prescription de l'article 65 de la loi de 1881, pour la communication au public en ligne, le renforcement du délai pour certaines infractions illustre l'insuffisance d'un délai de trois mois, pour le support singulier que constitue l'Internet. Au moins en son délai de prescription, la loi historique de 1881 semble donc ne plus pouvoir contenir les spécificités dudit support.

⁶² Article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881.

⁶³ Loi n°2004-204, JO 10 mars, p.4567

⁶⁴ 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, n°3794.

⁶⁵ Emmanuel derieux, *Prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 (champ et difficulté d'application)*, Petites affiches, 08 janvier 2002 n°6, p.14.

A travers les exemples précédemment étudiés du droit de réponse et du délai de prescription appliqués à la communication au public en ligne, est apparu le dessein poursuivi par le législateur. Celui-ci a concrétisé son attachement à la loi de 1881, en reprenant, autant que faire se peut, les dispositions contenues dans ladite loi. Si l'esprit du texte peut valablement se marier avec l'utilisation faite de l'Internet, constituant, de ce point de vue, un support comme les autres, il en est différemment pour son adaptation aux spécificités techniques. En outre, la persistance des effets de l'infraction de presse commise sur Internet pose un problème difficilement soluble. Si l'adaptation de ces dispositions symboliques de la loi de 1881 peut susciter des complications dans sa mise en œuvre, il en est de même pour le régime de responsabilité applicable aux acteurs de l'Internet. Fort de cette inspiration généralisée, le législateur a repris un régime existant inspiré de la loi de 1881, pour tenter de l'appliquer à l'Internet. En faisant œuvre de reproduction plus que de création, le législateur se risque cependant à connaître de graves dysfonctionnements. Si des règles sont bien prévues, *«encore faut-il que les responsabilités des différents acteurs de la communication puissent être établies sur le fondement de principes cohérents⁶⁶»*. Le législateur a étendu le régime de responsabilité existant pour la communication audiovisuelle, à la communication au public en ligne. La question de son adéquation avec la réalité de la matière sera au cœur de prochains développements (*cf. partie II*).

D'une certaine manière, la presse présente un point commun avec l'Internet. Les deux activités exigent, en effet, l'intervention d'une pluralité d'acteurs. Aussi, pour éviter une *« dilution des responsabilités⁶⁷ »*, le législateur a élaboré un régime de responsabilité marqué par sa grande originalité. Une liste limitative de personnes a été établie par la loi, afin de clairement faire apparaître les responsabilités ; la défaillance de l'une entraînant la responsabilité de la suivante. Cette responsabilité dite « en cascade » a originellement été consacrée dans la loi du 29 juillet 1881, avant d'être adaptée à la communication audiovisuelle puis à Internet. Elle apparaît incontestablement favorable à la victime, en simplifiant la visibilité des responsables de l'infraction. Si le choix dudit régime pour l'Internet n'a pas rencontré l'engouement unanime de la doctrine, il convient cependant d'en révéler la teneur (**section 2**).

⁶⁶ Jacques Francillon, *Médias et droit pénal Bilan et perspectives*, Revue de sciences criminelles 2000, p.59.

⁶⁷ Yves Mayaud, *Op. cit.*, p.390.

Section 2 : L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, foyer d'une responsabilité en cascade élargie à l'Internet

On peut aisément le concevoir, le travail du législateur n'a pas été facilité par l'apparition du réseau Internet. A mille lieux d'écourter le temps d'étude nécessaire à l'installation d'une norme accessible, il l'a contraint à un effort soutenu d'adaptation. En s'engouffrant dans le régime de responsabilité façonné pour la communication audiovisuelle, ce dernier semble avoir contourné l'obstacle. Le droit, cependant, ne se nourrit pas d'impressions et seule l'étude du régime existant peut ouvrir la voie d'une critique potentielle. Le régime de responsabilité aujourd'hui observable (§2) est le fruit d'une construction graduelle, semée de périodes d'incertitudes désormais coutumières (§1). Notamment guidé par la réaffirmation de la liberté d'expression, le législateur a cherché à atteindre une juste reconnaissance des responsables.

§1- Cheminement de l'Internet vers la « responsabilité en cascade »

Secret de Polichinelle, la responsabilité « en cascade » n'a pas spécialement été conçue pour les besoins exclusifs de l'Internet. Initialement réservée à la presse écrite, son fonctionnement répond aux exigences de la matière. L'ordre des responsabilités de l'article 42 de la loi de 1881, siège naturel du régime de responsabilité étudié, renvoie à des actions aisément identifiables, dont celles de l'imprimeur ou des vendeurs. Ces actions ne sont toutefois pas reprises dans un ordre chronologique allant de la rédaction à la publication. Le législateur place, au contraire, le directeur de publication au sommet de l'échelle, avant l'auteur des propos litigieux. Concernant la presse écrite, la qualité d'une personne renvoie automatiquement à une activité définie. L'opacité entourant la nature de l'intervention des acteurs de l'Internet ne concorde pas avec la nomination figée des responsables. Le législateur a pourtant pris le parti d'élargir la responsabilité « en cascade », adaptée à la communication audiovisuelle (**B**), soumettant le support à un régime prenant son inspiration dans la loi de 1881 (**A**). Alors que la responsabilité « en cascade » a « *fait ses preuves pour le support papier*⁶⁸ », le vœu d'une même pérennité pour le régime de responsabilité applicable à l'Internet pourrait rester lettre morte.

⁶⁸ Patrick Auvret, *La détermination des personnes responsables*, Gazette du Palais 14 mai 2002 n°134 p.17.

A) Origines de la responsabilité « en cascade »

Pour trouver les « *personnes responsables des crimes et des délits commis par voie de presse*⁶⁹ », il convient de se référer à l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881. Ledit article offre la liste des « *auteurs principaux* » des infractions de presse. Au premier rang de l'échelle de responsabilité, on retrouve ainsi les « *les directeurs de publications ou éditeurs* ». Au deuxième rang, place est donnée aux « *auteurs* ». Pour ces derniers, on comprend comme étant direct le rapport avec la matérialité de l'écrit litigieux. Au troisième rang, apparaissent « *les imprimeurs* ». Au dernier rang, enfin, figurent « *les vendeurs, les distributeurs et afficheurs* ». A raison de sa qualité, chaque personne bénéficiant d'un rang antérieur voit sa responsabilité engagée en cas de défaillance de la précédente. Cette défaillance est explicitement rappelée par le texte, utilisant l'expression « *à défaut* », avant la nomination des responsables des trois derniers rangs. A ce stade, on imagine transposable ce régime de responsabilité à d'autres médias, au moins en ce qu'il implique directeur de publication et auteur.

Le directeur de publication est en première ligne de cette responsabilité « en cascade », car il est supposé connaître l'information contenue dans l'écrit publié. Or, « *toute publication de presse doit avoir un directeur de la publication*⁷⁰ ». La Cour de cassation rappelle qu'il a « *le devoir de surveiller et de vérifier tout ce qui y est*⁷¹ » et que les dispositions de l'article 42 ne sont pas incompatibles avec le droit au procès équitable, prévu par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. En outre, l'article 10 de la loi du 29 juillet 1881, oblige le directeur de publication à signer des exemplaires qui seront remis au parquet, « *au moment de la publication de chaque feuille ou livraison du journal ou écrit périodique* ». Il ne pourrait donc pas se protéger derrière son ignorance de l'article litigieux. On retrouve ici toute l'importance de la présomption qui « *se met donc au service des poursuites et de la répression, puisque les personnes ainsi désignées ne sont plus responsables sur le critère d'une certitude quant à la réalité d'un fait personnel, mais sur les indices de participation légalement tenus comme pouvant rejoindre cette réalité*⁷² ».

⁶⁹ Chapitre V- §1^e- loi du 29 juillet 1881.

⁷⁰ Article 6 (loi n°86-897 du 1^{er} août 1986)- loi 29 juillet 1881.

⁷¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 23 février 2000, 99-83.928, Publié au bulletin.

⁷² Yves Mayaud, *Op. cit.*, p.391.

Auteurs principaux, directeur de publication et éditeur ont donc un lourd tribut à payer, pour des infractions « *auxquelles ils n'ont pas personnellement et intentionnellement participé, mais qui ont été commises sous leur autorité, par certains de leurs collaborateurs ou subordonnés dont ils doivent ainsi répondre pénalement*⁷³ ».

L'article 43 de la loi du 29 juillet 1881, modifié par la loi du 25 mars 1952⁷⁴, prévoit que « *lorsque les directeurs ou codirecteurs de la publication ou les éditeurs seront en cause, les auteurs seront poursuivis comme complices* ». La responsabilité subsidiaire de l'auteur trahit toute l'originalité de la responsabilité « en cascade ». Son intervention retardée dans l'échelle de responsabilité montre la prépondérance de la publicité, déterminant la répression plus que l'acte d'écriture. Si l'auteur dispose de « remparts humains », en la personne du directeur de publication et de l'éditeur, sa complicité peut cependant toujours être recherchée.

Le régime de responsabilité en cascade fait montre d'un certain succès, quant au média initialement concerné par lui. Vraisemblablement trompé par cette réussite, le législateur est venu élargir le régime adopté pour la communication audiovisuelle (**B**).

B) Internet et l'extension de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

Les précédents développements ont permis de dévoiler le domaine d'application quasi organique de la responsabilité « en cascade ». Délogée de son habitat originel, ladite responsabilité paraît moins évidente pour la communication au public en ligne. Si « *selon ce système, il est toujours possible de trouver un responsable*⁷⁵ », sa détermination apparaît moins aisée sur le réseau Internet. Le législateur a procédé par voie d'extension, en s'appuyant sur le régime de responsabilité sis à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

L'article 93-3 a été créé par la loi 13 décembre 1985⁷⁶. Dans sa version initiale, ce dernier prévoyait qu'en cas d'infraction de presse commise par un moyen de communication audiovisuelle, « *le directeur de publication, ou dans le cas prévu dans le deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur*

⁷³ Emmanuel Derieux, *Op. cit.* p.464.

⁷⁴ Loi n°52-336 du 25 mars 1952- art. 6 JORF 26 mars 1952.

⁷⁵ Traité de droit de la presse précité, p.1233.

⁷⁶ Loi n°85-1317, du 13 décembre 1985, modifiant la loi 82652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle.

principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. A défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal ». L'article intègre donc la défaillance, dans ses modalités de mise en œuvre. Aussi, sommes nous bien confrontés à un exemple revisité de responsabilité « en cascade ». L'article 93-2 mentionné prévoit l'obligation, pour le service de communication audiovisuelle d'avoir un directeur de publication, en s'attardant notamment sur son identification, « *lorsque le service est fourni par une personne morale* ». L'article susvisé n'est donc pas sans rappeler son jumeau en matière de presse périodique, que l'on retrouve à l'article 6 de la loi de 1881.

Le texte de l'article 93-3 se distingue cependant de son modèle de 1881, sur plusieurs aspects. Tout d'abord, le nombre de personnes introduites dans l'échelle est inférieur à celui de l'article 42. Le législateur a soumis le média à un régime collé à la réalité de ce dernier. Apparaît ainsi le producteur, remplaçant l'imprimeur de l'article 42 de la loi de 1881, révélant une distinction subséquente. Enfin, le directeur de publication ou le codirecteur seront défaillants, si le message n'a pas « *fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public* ». Cette condition est fondamentale, en ce qu'elle est le témoin d'une pluralité dans les modalités de diffusion. Elle opère une distinction entre les programmes diffusés « en direct » et ceux diffusés « en différé ». Les premiers permettront au directeur de publication d'exercer un contrôle, quant aux informations contenues dans lesdits programmes, au contraire des seconds. Alors que l'impression permettait de présumer la connaissance du directeur de publication en matière de presse écrite, c'est ici la fixation préalable qui la présupera. Le bon sens anime donc l'intervention du législateur, capable de devancer l'invraisemblance d'une responsabilité engagée pour une émission diffusée « en direct ».

Dans sa version en vigueur du 24 décembre 1985 au 1^{er} mars 1994, puis dans celle chirurgicalement modifiée par la loi du 16 décembre 1992⁷⁷, l'article 93-3 faisait uniquement mention à « *un moyen de communication audiovisuelle* ». La communication au public en ligne était donc livrée à elle-même, au moins concernant l'application dudit article. Dans le silence du texte, il convenait donc de supputer, en examinant les dispositions législatives entretenant un lien avec la responsabilité sur Internet.

⁷⁷ Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992- art 312 JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1^{er} mars 1994 (Pour la complicité de droit commun l'article fait désormais référence à l'article 121-7 du code pénal et non plus à l'article 60 du code pénal ancien).

Bien que relative à la communication audiovisuelle, la loi du 1^{er} août 2000⁷⁸, modifiant la loi Léotard⁷⁹, intégrait une partie touchant aux « *services de communication en ligne autres que de correspondance privée* ». L'article 47-7, de la loi de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, mentionnait ainsi « *les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès* » aux services précités, l'article 43-8 « *les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits(...)* », enfin, l'article 43-10 « *les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne autre que de correspondance privée* ». La mention de ces trois acteurs (fournisseur d'accès, fournisseur d'hébergement et éditeur de service de communication en ligne), loin de nous aider dans la quête du régime de responsabilité applicable, venait, au contraire, perturber la compréhension d'ensemble. De la nature de leur intervention, essentiellement technique, se déduisait cependant une responsabilité conditionnée, à l'instar de celle du fournisseur d'hébergement. Cependant, les dispositions ne faisaient aucunement référence à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et à l'éventuelle intégration de ces acteurs dans son échelle de responsabilité. Il fallait donc examiner, plus précisément, la nature des obligations nouvellement imposées par la loi, à ces intermédiaires techniques.

Aussi, l'article 43-10 susvisé imposait à l'éditeur de service de communication en ligne de mettre à disposition « *le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle* ». Référence était donc bien faite à la loi de 1982, par le renvoi à son article 93-2. Deux interprétations, quant à l'incidence de cette mention dans l'application de l'article 93-3 à l'Internet, s'opposaient. La première était notamment livrée par le Professeur Auvret, qui affirmait que « *l'absence de référence à l'article 93-3 peut être interprétée comme excluant l'application de la responsabilité en cascade, propre à l'audiovisuel, à la communication en ligne. Si l'obligation de désigner un directeur de publication doit faciliter la mise en œuvre de la responsabilité générée par ce mode de communication, elle n'implique par nécessairement son intégration dans une échelle de responsabilité déterminée par la loi. Argument décisif, le droit pénal est d'interprétation*

⁷⁸ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁷⁹ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

*stricte*⁸⁰ ». Suivant la logique de cette première interprétation de la référence à l'article 93-2 de la loi du 29 juillet 1982, l'argument opposé de l'interprétation stricte ne pouvait souffrir d'aucune contestation.

Néanmoins, une seconde lecture pouvait être donnée au texte, selon laquelle « *la logique législative induit au contraire que la désignation d'un directeur de la publication ne s'explique que par la volonté de voir appliquer à la communication en ligne la responsabilité en cascade de l'article 93-3. En outre, l'article 93-3 dispose que les infractions prévues par le chapitre IV de la loi de 1881 par un « **moyen de communication audiovisuelle** » sont réprimées en application de la responsabilité en cascade. La formule générique retenue ne semble donc pas limiter le mécanisme à la radio ou à la télévision mais viser tout moyen de communication audiovisuelle et donc internet. On ne devrait pas douter que l'article 93-3 régit la communication en ligne*⁸¹ ». En faisant confiance à la logique supposée du législateur, il était donc légitime d'appliquer l'échelle de responsabilité de l'article 93-3 à l'Internet. Toutefois, devant l'absence de référence explicite du régime de responsabilité applicable, un éclaircissement du législateur était indispensable. Ce dernier a justement été apporté par la loi du 21 juin 2004 (§2).

§2- Régime de responsabilité prévu par la loi du 21 juin 2004

Les conjectures permettent de donner à la loi des sens que la lettre ignore. Si nous verrons que le juge avait opté pour l'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, une intervention du législateur était cependant nécessaire, pour officialiser la soumission de l'Internet au régime de responsabilité initialement prévu pour la communication audiovisuelle. Vigoureusement attendue par les praticiens⁸², le projet de loi LCEN est intervenu pour « *renforcer la confiance dans l'utilisation des nouvelles technologies et conforter la croissance de ce secteur*⁸³ ». Ce dernier n'ambitionnait pas la création d'un « *droit spécifique pour les réseaux et les contenus numériques mais à assurer l'adaptation des règles en vigueur à l'économie numérique et, en particulier, à transposer la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique* ». Apparaissait donc la visée

⁸⁰ Patrick Auvret, *Op. cit.*.

⁸¹ Patrick Auvret, *Op. cit.*.

⁸² Bernard Reynis, *La « LCEN » : une loi nécessaire*, revue des contrats 1^{er} avril 2005 n°2, page 559.

⁸³ *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n°528, déposé le 15 janvier 2003 ; présenté au nom de Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, par Francis Mer, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

profondément économique de la loi, pour accompagner les acteurs dans l'expansion d'une branche stratégique. Si la directive n'a pas été transposée par la France dans le délai imparti, on excusera la lenteur du processus par la grande technicité de son objet.

Concernant notre étude, il convenait de rechercher la mention faite du régime de responsabilité applicable à l'Internet, en matière d'infractions de presse. L'article 2 du chapitre relatif à la communication au public en ligne prévoyait justement le remplacement des mots « *communication audiovisuelle* » par les mots « *communications au public par voie électronique* », aux articles 93, 93-2 et 93-3. Sous-catégorie de la « *communication au public par voie électronique* », la « *communication au public en ligne* » était donc désormais expressément assujettie à l'échelle de responsabilité de l'article 93-3 (A). A ce régime officiellement applicable à l'Internet, il appartenait au législateur d'apporter les modifications nécessaires, afin de parfaire l'encadrement du support (B).

A) L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et la communication au public en ligne

Si la loi LCEN a mis un terme à une période d'incertitude, quant à l'application de l'article 93-3 à l'Internet, elle a également étouffé l'espoir de voir un régime de responsabilité exclusivement applicable au support. La responsabilité « en cascade » est celle de la communication audiovisuelle, sans aucune modification concernant les acteurs que les notions recouvrent. Plus que pour tout autre média pourtant, la détermination des responsables sur l'Internet appelle un effort de précision considérable. Les qualités susceptibles d'engager la responsabilité pénale de certaines personnes, ne doivent pas se transformer en « qualités ouvertes », sous peine de porter atteinte au principe de légalité⁸⁴.

Dans sa version en vigueur du 22 juin 2004 au 14 juin 2009, l'article reprenait les termes précédemment reproduits pour décrire le régime de responsabilité en matière de communication audiovisuelle, sans alinéa supplémentaire. En cas de fixation préalable, le directeur de publication est ainsi responsable de plein droit, « à défaut » l'auteur et, « à défaut » de l'auteur, le producteur. Nous retrouvons un régime de responsabilité « en cascade » familier. Si la lettre du texte reste inchangée, les réalités qu'elle vise sont cependant

⁸⁴ Article 111-4 du Code pénal : La loi est d'interprétation stricte.

distinctes de celles de la communication audiovisuelle. Tel est notamment le cas, concernant la fixation préalable et la notion indéterminée de « producteur ».

Le législateur a adhéré à la condition de la fixation préalable, pour le directeur de publication. Or, si le principe est parfaitement transposable à l'Internet, les modalités techniques divergent. En effet, il apparaît que « *la condition de la fixation préalable du message ne correspond pas à la communication en ligne où la distinction entre « le direct » et le « différé » n'a pas de sens*⁸⁵ ». Deux interprétations pouvaient être données quant à cette exigence de « fixation préalable ». On retrouve les deux interprétations formulées dans un rapport daté du 18 juillet 2002, publié par le Forum des droits sur l'internet. Selon la première de ces interprétations, « *il y a toujours une fixation préalable sur l'internet, dès lors que le message est stocké dans la mémoire de l'ordinateur de l'internaute avant transmission sur le réseau, puis dans la mémoire cache du fournisseur d'accès*⁸⁶ ». Pareille hypothèse restreindrait les cas dans lesquels la fixation préalable ferait défaut. L'interprétation en cause était défendue par des sociétés demanderesse, dans un jugement du tribunal d'instance de Puteaux, en date du 28 septembre 1999⁸⁷, celles-ci arguaient « *que les pages des abonnés étant téléchargées sur le disque dur d'un des serveurs du fournisseur d'hébergement avant leur mise en le réseau Internet, les pages personnelles font l'objet d'une fixation préalablement à leur mise à disposition du public. Elles en déduisent qu'il est parfaitement possible techniquement de procéder à un contrôle entre le téléchargement des pages des abonnés sur le disque dur et leur mise en ligne sur le réseau Internet* ». Selon la seconde interprétation donnée par le rapport, « *l'existence d'une fixation préalable est tributaire de l'existence d'une modération a priori* ». Le Forum des droits sur internet optait pour cette dernière analyse, permettant au directeur de publication d'avoir connaissance de l'information litigieuse, tout en lui octroyant la possibilité d'en censurer le contenu.

Par ailleurs, l'indéniable technicité de la matière requière une participation renforcée des acteurs, dans la mise à disposition des informations nécessaires au fonctionnement de la responsabilité « en cascade ». Etendu aux services de communication au public en ligne, l'article 93-2 prévoit, entre autres, que « *lorsque le service est fourni par une personne*

⁸⁵ Patrick Auvret, *Application de la loi de 1881 à la communication en ligne.- Responsables des délits de presse*, fascicule 4865 JurisClasseur Communication.

⁸⁶ Le Forum des droits sur l'internet, « *Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion* », 18 juillet 2002, p.10.

⁸⁷ Tribunal d'instance de Puteaux. Jugement du 28 septembre 1999. Axa Conseil lard et Axa Conseil vie/ Monsieur Christophe M., Monsieur Christophe S., Président du Conseil d'administration de la société Infonie.

morale, le directeur de publication est le président du directoire ou du conseil d'administration, le gérant ou le représentant légal, suivant la forme de la personne morale. Lorsque le service est fourni par une personne physique, le directeur de la publication est cette personne physique ». Le texte désigne le directeur de publication, que tout « service de communication au public par voie électronique » est tenu d'avoir. Sa désignation participe de la mise en place d'un « ours numérique », offrant les éléments indispensables à son identification, pour donner matière à l'exercice d'un droit de réponse ou engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. L'éditeur de service de communication en ligne intervient dans la mise à disposition au public des informations, en divulguant « *le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable au sens de l'article 93-2 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982*⁸⁸ ». Ces dispositions ne sont pas sans rappeler l'article 43-10 de la loi du 1^{er} août 2000, interprété comme pouvant conduire à l'application de l'article 93-3 à l'Internet, avant la loi du 21 juin 2004.

On sait le caractère limitatif de la liste des responsables prévue à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982⁸⁹. Ledit caractère n'empêche cependant pas l'immixtion d'autres acteurs de l'Internet dans l'échelle de responsabilité, par le jeu des qualités indiquées. Aussi, nous pouvions imaginer l'intégration des intermédiaires techniques dans ladite échelle, par le truchement de la qualité de « producteur ». Le législateur a cependant écarté cette possibilité, en prévoyant que le fournisseur d'accès et le fournisseur d'hébergement « *ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982*⁹⁰ » (Cf. partie II-section 2).

Désormais expressément applicable à la communication au public en ligne, la responsabilité « en cascade » de l'article 93-3 a trouvé un support d'application supplémentaire. La cohérence apparaissant dans la formulation ne trouve, pour seule critique, que la relative indétermination de certaines notions. A première vue, la répartition des rôles instaurée par la loi semble en harmonie avec la réalité de la « toile ». En outre, l'engagement de la responsabilité du producteur, à défaut de fixation préalable, se montre, dans son principe, conciliable avec l'Internet. De même, l'exclusion des intermédiaires techniques de

⁸⁸ Article 6-III-c) ; loi du 21 juin 2004 *Pour la confiance dans l'économie numérique*.

⁸⁹ TGI Paris, 17^e chambre, 1^{er} décembre 2000 : Légipresse 2001, n°179, I, p.26.

⁹⁰ Article 6-I-6 de la loi du 21 juin 2004.

l'échelle de responsabilité manifeste une différenciation justifiée, dans leur rapport avec le contenu publié. La clarté d'une norme se juge toutefois au nombre d'interprétations concevables. Aussi, une norme claire doit emporter l'unanimité, dans son interprétation. Tel n'est cependant pas le cas du dernier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Le texte prévoit des dispositions particulières, applicables à « *l'espace de contributions personnelles identifié comme tel* ». Sous la lettre du texte, se dissimule la terminologie plus usuelle de « forum de discussion ».

Le législateur s'est retrouvé confronté à un mode d'expression largement démocratisé, duquel découlent des messages contrôlables à grand-peine. En faisant peser une responsabilité pénale en cas de fixation préalable sur le directeur de publication, le texte, dans sa version antérieure à la loi Hadopi I, n'encourageait pas à mettre en place un procédé de modération. A *contrario*, l'effort de la modération était ironiquement récompensé par d'éventuelles poursuites. Or, « *il y a quelque chose d'inacceptable dans cette dualité de régime : admettre que la modération puisse être optionnelle revient à faire dépendre d'une volonté individuelle l'application d'un régime de responsabilité qui, pénale ou même civile, est d'ordre public*⁹¹ ». L'alinéa ajouté à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, par la loi du 12 juin 2009, peut être perçu comme générant une nouvelle cause de responsabilité pour le directeur de publication, en l'absence de fixation préalable. Plus majoritaire, une autre interprétation consiste néanmoins à analyser ces mesures comme favorables pour le directeur de publication, étant calquées sur celles du fournisseur d'hébergement. Puisque, « *comme tous les cavaliers législatifs, ce texte mal préparé prête à discussion*⁹² », son étude est rendue inévitable **(B)**.

B) Traitement des « espaces de contributions personnelles » par la loi du 12 juin 2009

L'article 27-II de la loi du 12 juin 2009⁹³ a complété l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, par l'alinéa suivant : « *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 voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance*

⁹¹ Emmanuel Dreyer, *Responsabilité civile et pénale des médias*, références précitées, p.403.

⁹² Emmanuel Dreyer, Les nouvelles responsabilités sur Internet, AJ Pénal 2013 p.15.

⁹³ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009, *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

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 ». De la seule formulation par la négative de l'alinéa, nous pouvons déduire un allègement de la responsabilité du directeur de publication. L'article dépasse la condition de la fixation préalable, pour exiger une connaissance effective du message litigieux. Une lecture intuitive pourrait cependant donner lieu à plusieurs applications possibles, relevant de l'allègement de responsabilité mentionné, pour les unes, et d'un accroissement de responsabilité, pour les autres. Il convient donc de décliner lesdites applications.

En cas de fixation préalable, le directeur de publication bénéficie de la possibilité de prouver son ignorance du message litigieux avant sa mise en ligne, ou son action prompte pour le retirer, après sa mise en ligne, dès cette connaissance acquise. Envisagé de la sorte, le nouvel alinéa entraînerait une irresponsabilité, jusque-là inaccessible, du fait du lien mécanique entre fixation préalable et responsabilité pénale.

En l'absence de fixation préalable, le directeur de publication pourrait voir sa responsabilité pénale engagée, après la mise en ligne, si le message n'a pas été retiré promptement. Nous serions alors dans une hypothèse d'élargissement de la responsabilité pénale, puisque l'échelle de responsabilité ne passerait pas automatiquement au rang suivant. L'absence de fixation préalable ne serait plus décisive et la responsabilité du directeur de publication pourrait toujours être engagée *a posteriori*. Le présent alinéa, inspiré des dispositions relatives au fournisseur d'hébergement, laisse entrevoir l'intention du législateur, dans cet aménagement nouveau de la responsabilité pénale du directeur de publication. Il a vraisemblablement été guidé par le souhait de limiter la responsabilité de ce dernier, plus que de l'accroître, s'agissant des « forums » de discussions.

Aux termes de l'article 6-I-3 de la loi du 21 juin 2004, « *les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* ». Apparaît donc un régime d'irresponsabilité sous conditions, dont l'idée maîtresse réside dans une connaissance caractérisée du contenu illicite. Les personnes visées ne sont autres que les fournisseurs d'hébergement. Ce régime peut être rapproché de la modification apportée à

l'article 93-3, par la loi du 12 juin 2009. Les deux textes soumettent les acteurs à des dispositions apparemment avantageuses. Nul n'est ici question de conclure à la connaissance du message litigieux, en se fiant exclusivement à la modération mise en place par le directeur de publication ou à l'enregistrement du message dans la mémoire cache du fournisseur.

Une certaine unité est donc mise en place par le législateur, seule l'interprétation de l'illicéité divergeant, pour l'heure. La décision 2004-496 du Conseil constitutionnel, précédemment mentionnée à l'occasion de l'étude de la prescription et du droit de réponse applicables à Internet, a, en effet, émis une réserve d'interprétation quant au contenu illicite devant être retiré par les fournisseurs d'hébergement. Aux termes de ladite décision, « *ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* ». La condition d'un contenu « manifestement illicite » n'est toutefois pas reprise à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Seule figure sa nature infractionnelle, au premier alinéa. A tout le moins sur ce point, la responsabilité du directeur de publication est donc plus sévère.

Au-delà du caractère favorable, ou non, de l'alinéa, se joue également la question plus substantielle de sa cohérence avec le reste de l'article.

Nous savions le directeur de publication engageant sa responsabilité de plein droit en cas de fixation préalable, selon le premier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Aussi, en suivant cette dynamique initiale du législateur, le dernier alinéa ne saurait être interprété comme générant une cause de responsabilité dans l'hypothèse contraire. Il s'agirait uniquement de l'expression d'une cause d'irresponsabilité, alors même que le message a fait l'objet d'une fixation préalable. Cette première interprétation est retenue par le Professeur Dreyer, pour lequel il semble « *que ce texte n'a vocation à s'appliquer que dans une seule hypothèse : lorsque le message déposé par un internaute a fait l'objet d'une fixation préalable mais n'a pas été modéré par le directeur de la publication qui a donc accepté qu'il figure tel quel dans un espace de contributions personnelles accessibles à tous. Il s'agit d'alléger sa responsabilité puisqu'elle ne peut s'appliquer de plein droit ou s'appuyer sur une présomption de mauvaise foi*⁹⁴ ». Une telle interprétation sauvegarderait l'esprit du texte,

⁹⁴ Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*, p.405.

dans la différenciation que marque l'existence d'une fixation préalable. La responsabilité pénale du directeur de publication dépendrait toujours de celle-ci, sans emprisonner ce dernier dans une responsabilité de plein droit. Il pourrait s'en libérer, en démontrant l'absence de modération ou en retirant promptement le message litigieux, après sa mise en ligne. Un parallèle avec la matière civile pourrait nous permettre de voir une obligation de moyens dans la modération *a priori* et non une obligation de résultat. Des messages seraient de nature à tromper la vigilance du modérateur, excluant toute connaissance « effective ».

Bien que conforme à l'esprit de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, il semble toutefois qu'une telle interprétation ne rende pas parfaitement compte de l'influence du régime de responsabilité des intermédiaires techniques. En effet, si cette première interprétation rejoint bien l'irresponsabilité de l'hébergeur, celle-ci n'est cependant pas liée à la notion de fixation préalable. A en croire la première interprétation donnée par le Forum des droits sur l'internet, ladite fixation était pourtant techniquement justifiable. Cela reviendrait donc à intégrer une notion de fixation préalable en suivant l'esprit du texte, sans se fier à sa seule lettre.

Heurtant la cohérence de la première interprétation, une seconde est concevable. Celle-ci « *consiste à voir dans ce dernier alinéa un texte indépendant de ceux qui précèdent, de sorte que la question de la fixation préalable ne se poserait pas*⁹⁵ ». En suivant pareille interprétation, la responsabilité du directeur de publication pourrait être engagée, si la mise en ligne du message a perduré, bien que son contenu infractionnel ait été porté à la connaissance du directeur de publication. La condition de la fixation préalable indifférerait donc dans l'engagement de sa responsabilité pénale.

Cette seconde interprétation semble devoir être retenue, depuis une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 16 septembre 2011⁹⁶. Saisi pour contester la présomption de culpabilité pesant sur le producteur en application des dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale, celui-ci n'a pas écarté la responsabilité du directeur de publication, en l'absence de fixation préalable. Pour le comprendre, il convient de se référer au 6^{ème} considérant de sa décision, aux termes duquel « *il résulte des dispositions déferées que le créateur ou l'animateur d'un tel site de*

⁹⁵ Emmanuel Dreyer, Les nouvelles responsabilités sur Internet, AJ pénal 2013 p.15.

⁹⁶ Décision n°2011-164 QPC du 16 septembre 2011.

communication au public en ligne peut voir sa responsabilité pénale recherchée, en qualité de producteur, à raison du contenu de messages dont il n'est pas l'auteur et qui n'ont fait l'objet d'aucune fixation préalable ; qu'il ne peut s'exonérer des sanctions pénales qu'il encourt qu'en désignant l'auteur du message ou en démontrant que la responsabilité pénale du directeur de la publication est encourue ». Aussi, en l'absence de fixation préalable, le producteur dispose de deux possibilités : désigner l'auteur des propos, qui le précède dans l'échelle de responsabilité, ou démontrer que le directeur de publication est pénalement responsable. Ce dernier ne peut engager sa responsabilité en l'absence de fixation préalable, conformément au premier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Sa responsabilité pénale n'est admise que dans un unique cas de figure, en application du dernier alinéa, lorsqu'il n'a pas agi promptement pour retirer un message illicite, « *dès le moment où il en a eu connaissance* ». En reconnaissant la possibilité d'engager la responsabilité du directeur de publication en l'absence de fixation préalable, le Conseil constitutionnel valide donc la seconde interprétation antérieurement donnée. L'engagement de sa responsabilité pénale ne dépend pas *ipso facto* de la fixation préalable.

En ajoutant un alinéa calqué sur un régime distinct de celui introduit par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, le législateur a forcé la compatibilité de deux régimes. Exemptant le directeur de publication d'une responsabilité pénale en dehors de toute connaissance du message litigieux, il a déplacé le déséquilibre sur le producteur. La reconnaissance d'un régime d'irresponsabilité a forcé l'intervention du Conseil constitutionnel, préservant le texte de la censure, par une réserve d'interprétation. Celle-ci est symptomatique de la difficulté du législateur à trouver un juste engagement de la responsabilité des intervenants de l'Internet. L'intégration du dernier alinéa a pareillement fragilisé la cohérence de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. La condition de la fixation préalable n'est plus un repère approprié, pour déterminer la personne pénalement responsable.

L'élargissement de la responsabilité « en cascade » de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 à l'Internet avait maintenu le support dans les empreintes du législateur de 1881. Si la responsabilité en « cascade » trouve, dans l'immutabilité de la presse écrite, un moyen opportun de prétendre à la pérennité, il en va autrement des dispositions impliquant la communication au public en ligne. En prélevant dans les articles relatifs aux intermédiaires techniques, pour parfaire la responsabilité du directeur de publication, le législateur a consommé une rupture symbolique avec les alinéas précédents. L'alinéa, ajouté par la loi du

12 juin 2009, est le seul exclusivement conçu pour le support. En ne reprenant pas les termes des premiers alinéas, à l'instar de la fixation préalable, ce dernier a ouvert la voie à de trop multiples interprétations. Celles-ci s'expliquent par l'isolement de l'alinéa, dépourvu d'un lien de parenté déterminé avec la loi du 29 juillet 1982 ou du 21 juin 2004. Sans reconnaître dans le directeur de publication un intermédiaire technique, il fait de sa responsabilité une responsabilité hybride. En voulant se rapprocher de la réalité technique du support, le législateur a paradoxalement ébréché la compréhension d'ensemble de la responsabilité « en cascade » élargie à l'Internet.

Puisque la responsabilité « en cascade » de l'Internet emprunte les mêmes dispositions que la communication audiovisuelle, une intervention du juge est rendue nécessaire pour animer les lettres de la loi. Nous l'avons vu concernant la fixation préalable, les notions ne démêlent pas, à elles seules, le régime de responsabilité applicable à l'Internet. Puisque celui-ci ne jouit pas d'un régime autonome à tout autre, gageons que sa matérialité n'existe qu'à travers son interprétation jurisprudentielle (**chapitre 2**).

Chapitre 2 : L'application de la responsabilité « en cascade » effectuée par le juge

La lettre du texte n'offre qu'une vision incomplète du droit positif. Si la matière pénale craint l'absence de clarté de la norme, force est de constater que certaines dispositions exigent l'intervention du législateur, dans une perspective de meilleure compréhension. Les règles encadrant la communication au public en ligne rentrent incontestablement dans un tel cas de figure. L'interprétation judiciaire anime la norme, en la mettant parfois face à ses incohérences.

La responsabilité « en cascade » appliquée à Internet, n'existe effectivement qu'à travers la jurisprudence. L'élargissement de la responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 a eu pour effet de soumettre les deux supports à des notions similaires. Internet renferme pourtant une technicité indéniable et ne trouve pas un parfait équivalent dans la communication audiovisuelle. De la sorte, l'application du régime de responsabilité de l'article 93-3 ne s'imposait pas d'elle-même. Certaines juridictions préféreraient ne pas risquer d'appliquer ledit régime, en l'absence de dispositions législatives en ce sens. Il en est ainsi dans un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Paris, daté du 10 janvier 2000⁹⁷. L'argumentation des demandeurs, selon laquelle « *un site internet est un service de communication audiovisuel auquel s'appliquent les dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 pour la définition des responsabilités* » n'avait pas été de nature à emporter la conviction de la juridiction, en sa formation civile. Bien que conforme au principe de légalité, une telle décision pouvait également trahir la perplexité des juges à voir, dans le régime de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, un régime idoine.

En faisant de la communication au public en ligne une catégorie de la communication au public par voie électronique, la loi LCEN n'a pas fait montre d'une parfaite originalité. Son affiliation à la communication audiovisuelle avait déjà été reconnue, sans même attendre la lettre du texte. En outre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 mai 2003⁹⁸, avait considéré, concernant l'éditorial d'un site, « *que, si c'est à tort que les juges ont fait application de l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881 alors que, les infractions reprochées ayant été commises par un moyen de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la*

⁹⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris 17eme chambre, formation civile, jugement du 10 janvier 2000. *Legalis.net*

⁹⁸ Crim. 6 mai 2003, n°02-80.284, *Bull. crim.*, n°94.

loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, seules étaient applicables les dispositions de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, pour autant, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure, dès lors qu'en application de ce texte, les mêmes règles étaient applicables au prévenu ». La Cour de cassation a donc rejeté le pourvoi, en rectifiant le fondement sur lequel la responsabilité reposait. Le fait que « *sans doute afin d'éviter une controverse qui la dépasse, la Cour de cassation a adopté cette solution en faisant référence à l'art. 2 de la loi du 30 sept. 1986 qui définit de manière générale la communication audiovisuelle*⁹⁹ » attestait de la relative précarité de l'élargissement réalisé. De tels doutes étaient permis, au regard des dispositions législatives antérieures à la loi LCEN, exposées lors des développements précédents.

Admise par la jurisprudence antérieure à la loi du 21 juin 2004, avant d'être définitivement consacrée, l'application de la responsabilité « en cascade » de l'article 93-3 à l'Internet est désormais l'outil officiel du juge. Pour comprendre le fonctionnement concret de cet outil, l'étude de la jurisprudence semble recommandée. Se distinguent les cas d'attribution de la qualité d'auteur de l'infraction et de la qualité de complice (**section 1**). Présent dans la « cascade », le producteur fait l'objet d'un contentieux particulièrement dense. Il conviendra donc d'examiner plus longuement son cas, à propos des espaces de contributions personnelles (**section 2**).

⁹⁹ Emmanuel Dreyer, *Complicité de l'auteur de propos rendus accessibles sur Internet*, Recueil Dalloz 2003, p.2192.

Section 1 : La réalisation judiciaire de la « cascade » de l'article 93-3 de la loi de 1982

Le régime de responsabilité en « cascade » dévoile toute l'ingéniosité du législateur. La liste des auteurs principaux de l'infraction de presse a été conçue pour rendre compte de la pluralité des intervenants. Le droit commun ne prédisposait pas à un engagement rapide de la responsabilité. Si un tel régime a rencontré un succès apparent pour le support papier, celui de son « cousin numérique » devra passer l'épreuve du temps. Partant avec le désavantage de ne point jouir d'un régime de responsabilité propre, l'Internet doit compter avec les dispositions existantes de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Parce que « *la responsabilité en cascade est (donc) liée à une certaine forme de moyen de publication¹⁰⁰* », encore faut-il que son bien-fondé, pour la communication au public en ligne, soit démontré. Pour l'Internet, son application dépend essentiellement de sa réception par les juridictions et par la faculté de ces dernières à la rendre efficace, pour les auteurs principaux, d'une part (§1) et les complices, d'autre part (§2).

§1- Les auteurs principaux de la responsabilité « en cascade »

Inspiré du système de responsabilité « en cascade » contenu dans la loi du 29 juillet 1881, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 a intégré ses traits dominants. L'acte de publication occupe une place centrale dans son fonctionnement. En ordonnant les personnes responsables, le législateur prohibe le libre-choix de la partie poursuivante. Il faut partir du sommet de l'échelle et s'arrêter au premier responsable, sans délaisser le moindre des rangs. Ce n'est que par la défaillance du rang antécédent que la responsabilité de l'auteur des propos ou du producteur pourra être engagée. Le directeur de publication occupe le rang le plus exposé (A) de l'échelle de responsabilité. Celle des autres conservera l'empreinte d'une responsabilité obtenue « à défaut » de la précédente (B).

¹⁰⁰ Patrick Auvret, *La détermination des personnes responsables*, Gazette du Palais 14 mai 2002 n°134, p.17.

A) Responsabilité de plein droit du directeur de publication

Sur Internet comme sur d'autres supports, le directeur de publication doit être identifié, pour voir engager sa responsabilité pénale (1). Puisque celui-ci contrôle le contenu publié, l'enjeu repose souvent sur l'existence d'une « fixation préalable », sans laquelle la « cascade » suit son cours (2).

1) Sur la qualité de directeur de publication

Occupant le rang le plus exposé, le directeur de publication assume en premier la responsabilité de la publication. Il a la lourde mission de contrôler le contenu publié. Ce devoir de contrôle justifie la condition de la fixation préalable à la communication au public du message. On rappellera que « *tout service de « communication au public par voie électronique » est tenu d'avoir un directeur de la publication¹⁰¹ » ». Cette « charge de la direction d'une publication¹⁰² » ne fait pas de lui un acteur propre à un type de média particulier. Alors que le doute subsiste quant à la notion de « producteur », celle de directeur de publication trouve, en la communication au public en ligne, un support d'application conciliable. Cette adéquation offre des exemples jurisprudentiels, dans lesquels la responsabilité du directeur de publication d'un site Web a été retenue.*

Le 10 mai 2005¹⁰³, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la qualité de directeur de publication, à l'encontre du secrétaire départemental d'un syndicat. En l'espèce, le directeur régional de la Poste avait directement cité à comparaître ledit secrétaire, s'estimant diffamé et injurié par un message posté sur le site Internet du syndicat. Le tribunal correctionnel avait retenu le prévenu coupable du seul délit d'injure publique envers un fonctionnaire public. Statuant sur l'appel du prévenu et du ministère public, la cour d'appel de Metz avait, le 27 mai 2004, confirmé le jugement. On retrouve, dans l'argumentation développée par cette dernière juridiction, tous les éléments participant à la singularité de la responsabilité du directeur de publication. En outre, est retenu le fait « *que les propos litigieux par leur mise en ligne sur le serveur hébergeant le site ont nécessairement fait l'objet*

¹⁰¹ Article 93-2 de la loi du 29 juillet 1982.

¹⁰² Emmanuel Derieux, *Dictionnaire du droit des médias*, Victoires Editions (17 juin 2004), collection « les Guides LÉGIPRESSE ».

¹⁰³ Crim. 10 mai 2005, n°04-84.705, Jean-Marie X..., *Bull. crim.*, n°144.

d'une fixation préalable à sa communication au public ; qu'en conséquence, Jean-Marie X..., en sa qualité de représentant légal du syndicat, se trouve être directeur de publication du site internet de ce même syndicat et voit sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal des infractions visées dans la prévention, peu important à cet égard que ce dernier puisse ne pas être l'auteur des propos incriminés ou qu'il n'ait pas donné d'instructions pour leur mise en ligne ». La condition liée à la fixation préalable étant remplie, le directeur de publication peut voir sa responsabilité engagée comme auteur principal, alors même qu'il n'a pas participé à la rédaction des propos ou influé, de quelque autre manière, sur leur contenu. L'idée prévaut que : seul l'acte de publication entraîne sa responsabilité, sans nécessité d'établir un lien créatif entre l'article et le directeur de publication. L'homographie est ainsi trompeuse, en permettant que l'auteur principal de l'infraction de presse ne soit pas nécessairement celui de l'article litigieux. Dans une affaire portant sur un article intitulé « L'Islam ou la haine de l'autre », la responsabilité du directeur de publication avait également été retenue, sans que celui-ci soit à l'origine des propos. Pour le tribunal de grande instance, « *le fait que le prévenu ne soit pas l'auteur intellectuel des textes en cause, qu'il aurait récupérés sur internet depuis d'autres sites, est à cet égard indifférent dès lors qu'il a pris la responsabilité d'une nouvelle diffusion en les mettant en ligne, selon une présentation de son choix, sur son propre site*¹⁰⁴ ». L'alimentation du site par un contenu préexistant sur Internet ne devait, dès lors, pas rentrer en ligne de compte. La mise en ligne des textes relevait d'une démarche volontaire et réfléchie.

Rejetant le pourvoi, l'arrêt du 10 mai 2005 présente un double intérêt, renvoyant aux deux temps de la démonstration. Tout d'abord, est réaffirmé le fait que l'Internet est un moyen de communication audiovisuelle, au sens de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication. Par suite, l'article 93-3, rendu applicable, enclenche le premier volet de la « cascade », en s'arrêtant au directeur de publication. C'est en sa qualité de représentant légal du syndicat que son secrétaire se voit attribuer la qualité de directeur de publication, avec la responsabilité en résultant.

Au-delà même de la qualité de directeur de publication, c'est parfois la notion de « fixation préalable » qui soulève une certaine ambiguïté (2).

¹⁰⁴ TGI Paris, 17^e chambre, 24 novembre 2005, Ligue des droits de l'homme c/Gérard S..., *Legalis.net*.

2) Sur l'exigence de fixation préalable

La fixation préalable est au cœur d'un débat, récemment apparu devant les juridictions civiles, relatif à une fonction du moteur de recherche « Google ». Cette dernière, dénommée « Google suggest », facilite la saisie de son utilisateur, en proposant un certain nombre de suggestions, à mesure que celui-ci entre une recherche. Les libellés, apparaissant dans un bandeau, correspondent aux consultations les plus usuellement effectuées par les internautes. Si l'association automatisée permet à l'utilisateur de gagner en rapidité, celle-ci peut cependant être de nature injurieuse. C'est justement ce que prétendait la Lyonnaise des eaux devant le tribunal de grande instance de Paris¹⁰⁵, alors qu'à son nom était associé l'épithète d'« escroc ». La caractérisation de l'injure s'inscrivant dans l'étude plus secondaire des infractions de presse, il convient de se concentrer sur la condition de la fixation préalable.

La fixation préalable est la condition *sine qua non* de l'engagement de la responsabilité du directeur de publication, sur le fondement du premier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Le logiciel de *Google* prend son autonomie, en émettant des suggestions, en application de formules mathématiques convenues. Les défendeurs prétendaient donc que la suggestion n'avait pas fait l'objet d'une fixation préalable. Pour le TGI cependant, « *c'est à tort qu'Eric S., qui ne conteste pas sa qualité de représentant légal de la société Google Inc. fait valoir que sa responsabilité ne saurait être engagée, faute pour le propos en cause d'avoir fait l'objet d'une fixation préalable au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, alors que les défendeurs reconnaissent que les suggestions proposées aux internautes procèdent d'eux mêmes et de nul autre, à partir d'une base de données qu'ils ont précisément constituée pour ce faire, lui appliquant des algorithmes de leur fabrication et que le système mis en place a précisément pour vocation d'anticiper les éventuelle requêtes des internautes* ». De la fonctionnalité, découlaient des suggestions dont l'ordre ne répondait pas à un quelconque hasard. L'implication des défendeurs illustre une certaine maîtrise quant aux suggestions affichées. En outre, « *les premiers juges ont relevé que tous les libellés de recherches lancées par les internautes n'étaient pas pris en compte par le moteur de recherche de Google dans le souci, notamment, d'éviter les suggestions "qui pourraient offenser un grand nombre d'utilisateurs" tels que "les termes grossiers"* ». Plusieurs fois mise en demeure de retirer la suggestion litigieuse, la société avait connaissance de la requête

¹⁰⁵ Tribunal de grande instance de Paris, 17^e chambre, jugement du 18 mai 2011. *Legalis.net*

de la Lyonnaise des eaux, sans pour autant la supprimer. La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement rendu¹⁰⁶ en première instance.

La suggestion s'appuierait sur des éléments quantitatifs, dont le nombre de fois où l'association des mots a été saisie. La recherche personnelle de chaque internaute est diluée dans la masse de recherches similaires. Si la publication procède bien d'une démarche positive de Google, en ce que la fonctionnalité répond à un processus prédéfini, elle enregistre des combinaisons de mots éphémères. Elles conduisent à atteindre un contenu éventuellement injurieux, en révélant une suspicion de l'internaute, telle que celle autour de l'activité de la Lyonnaise des eaux précédemment citée.

On comprend donc que la potentialité de la suggestion est davantage appréhendée que la combinaison de mots en elle-même. La suggestion est moins punie que la démarche intellectuelle ou physique en résultant. L'association de mots suggère une idée, autant qu'elle permet d'accéder au contenu la justifiant.

A travers l'exemple développé de « Google suggest », on observe donc que la « fixation préalable » est parfois moins aisée à caractériser sur l'Internet que sur d'autres supports. Cette difficulté n'empêche cependant pas d'engager la responsabilité du directeur de publication, lorsque cela est rendu possible. Nous écarterons ici l'étude des espaces de contributions personnelles, pour la reporter à des développements ultérieurs. Aussi, contentons-nous d'examiner le fonctionnement « classique » de la responsabilité en « cascade », en cas de défaillance du directeur de publication. On sait l'auteur arrivant en deuxième dans l'échelle de responsabilité. Dans l'arrêt antérieurement cité de la Cour de cassation du 6 mai 2003¹⁰⁷, le prévenu, n'étant pas propriétaire du site litigieux, n'avait pas engagé sa responsabilité en sa qualité de directeur de publication mais en celle d'auteur des propos incriminés. Il est le premier chaînon entraîné par le jeu de la défaillance du précédent **(B)**.

¹⁰⁶ Cour d'appel de Paris, Pôle 2, chambre 7 arrêt du 14 décembre 2011. *Eric S. Google/ Lyonnaise de garantie. Legalis.net*

¹⁰⁷ Cour de cassation Crim., 6 mai 2003 n°02-80.284. *Bull. crim.* n°94.

B) Les responsables pour cause de défaillance du rang antérieur

Dans la défaillance, réside la clé de la responsabilité en « cascade ». Le but étant de trouver une personne pénalement responsable de l'infraction, la défaillance d'un des acteurs mentionnés par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne fait pas cesser les poursuites. La défaillance du directeur de publication entraîne la responsabilité de l'auteur des propos litigieux (1) et encore « à défaut », la responsabilité du producteur (2).

1) La responsabilité pénale de l'auteur

En occupant le deuxième rang de l'échelle de responsabilité, l'auteur du contenu caractérisant l'infraction de presse, trouve une juste place. On connaît davantage le versant protecteur d'une telle qualité. Aux termes de l'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ». On retrouve des notions caractéristiques du droit moral de l'auteur, dans certaines décisions. Dans les attendus de l'arrêt susmentionné du 6 mai 2003, il était notamment relevé « *que les juges précisent que le prévenu avait lui-même "assumé la paternité" de l'article diffusé et qu'au cours de la procédure, il s'était d'abord présenté comme son seul auteur en offrant de prouver la vérité des faits diffamatoires ; qu'ils relèvent enfin que la rédaction de cet article lui a été également attribuée par l'un de ses proches amis* ». La référence faite à une paternité bénéficiant normalement à l'auteur, implique ici sa responsabilité pénale.

Au regard du lien direct de l'auteur avec le contenu de propos outrepassant la liberté d'expression, on pourrait voir son apparition, au deuxième rang de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, comme le rétablissement tardif d'une responsabilité presque naturelle. Un tel raisonnement négligerait cependant le fait que le régime de responsabilité en « cascade » est constitué autour de la publication et non de l'écriture des propos litigieux. A tout le moins, il reste cependant la personne la plus consciente du contenu publié. Sa place dans la « cascade » intègre donc le dessein du régime de responsabilité étudié. L'auteur est deuxième pour son rôle subsidiaire dans la publication, sans être totalement libéré, lorsque la responsabilité du directeur de publication est engagée à titre principal. Dans pareille hypothèse, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit sa poursuite, en qualité de complice. L'identification de

l'auteur ouvre donc la porte à une responsabilité certaine. Condition essentielle de sa responsabilité, ladite identification posera fréquemment une complication pour les juridictions. En effet, Internet est le royaume de l'anonymat. De nombreux abus à la liberté d'expression trouvent leur origine dans cette spécificité. Cet anonymat perturbe le jeu idéal de la « cascade » de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. La réalisation judiciaire dudit article laisse apparaître des failles. Celles-ci ne pouvaient être prévues par l'application originelle à la communication audiovisuelle de l'article 93-3. Aussi, « *car l'auteur du propos est rarement identifié : la personne qui laisse un commentaire dans un espace de dialogue sur internet n'est bien souvent connue que par son pseudonyme ou par des données techniques difficiles à exploiter*¹⁰⁸ », la responsabilité du dernier acteur de la « cascade » devra être recherchée (2).

2) La responsabilité pénale du producteur

Plus la « cascade » avance et plus le lien avec la publication est dilué. Cette dilution apparaît nettement pour le producteur. Si le producteur offre un responsable identifiable en matière de communication audiovisuelle, son apparition trouble la « cascade » de la communication en ligne. Pour ne pas empiéter sur les développements ultérieurs, tâchons de nous restreindre aux seuls éléments relatifs à son identification.

Une nouvelle fois, le Code de la propriété intellectuelle peut nous éclairer quant à la notion de « producteur ». Aux termes de son article L132-23, « *le producteur de l'œuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* ». La généralité des termes employés par le texte rend l'utilisation plausible de la notion, en matière de communication au public en ligne. En outre, l'article ne renvoie aucunement aux missions spécifiques du producteur, en matière de communication audiovisuelle, comme « *la charge de constituer des équipes, de déterminer les conditions de tournage*¹⁰⁹ ». Plus qu'un indice facilitant son identification, la référence faite à une prise d'initiative constitue un instrument de transposition de la notion de « producteur » à l'Internet. Il convient de se référer aux décisions rendues, pour avancer sur le chemin sinueux de son identification.

¹⁰⁸ Emmanuel Dreyer, *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers*, Recueil Dalloz 2010, p.2206.

¹⁰⁹ Emmanuel Derieux, dictionnaire précité, définition du « producteur ».

On retrouve la prise en compte de l'initiative, dans un arrêt relatif à un service télématique. La Cour de cassation relève que « *M. R. a pris l'initiative d'ouvrir un service télématique dénommé "3615 Renouveau" en vue de permettre aux "divers mouvements de la droite chrétienne" d'échanger "leurs opinions religieuses et politiques"*¹¹⁰ ». On constate donc que la juridiction ne s'embarrasse pas à déterminer une action complexe de l'acteur. Elle se fie exclusivement à son rôle de créateur du service intéressé par les poursuites. La permission donnée à des individus d'échanger, implique la compréhension des risques liés. Le créateur supporte ceux-ci, du seul fait de la création du service. Il n'est pas fait mention d'une mission exorbitante de ladite création.

Dans un arrêt du 16 février 2010¹¹¹, la Cour de cassation a réaffirmé les éléments permettant l'identification du producteur, pour ensuite engager la responsabilité de ce dernier, en l'absence de fixation préalable. Aux termes de l'arrêt, « *ayant 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, Alain Y... pouvait être poursuivi en sa qualité de producteur, sans pouvoir opposer un défaut de surveillance du message incriminé* ». Plusieurs éléments surgissent de cette réaffirmation de l'identité du producteur. Tout d'abord, la création s'avère un élément déterminant, pour obtenir ladite qualité. Ensuite, la faiblesse des exigences rend poreuse la frontière entre les notions de directeur de publication et de producteur. Internet facilite la réunion des deux qualités sur la tête d'une même personne. Ce passage, d'une notion à l'autre, semble particulièrement gênant. En sus de révéler l'imprécision de la notion de producteur, il perturbe le fonctionnement de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Une même personne peut, en effet, être plus sévèrement réprimandée suivant qu'elle est poursuivie en sa qualité de directeur de publication ou de producteur. Avant d'amorcer l'étude nécessaire à la vérification d'une telle affirmation, il apparaît opportun de traiter de la complicité prévue par l'article 93-3 (§2).

¹¹⁰ Cass. crim. 8 décembre 1998 : *Bull. crim.* 1998, n°335 ; *Rev. Sc. Crim.* 1999, p.607, obs. Francillon ; n°97-83.709.

¹¹¹ Cour de cassation Chambre criminelle, 16 février 2010, n°09-81.064. Bulletin criminel 2010 n°31.

§2- L'article 93-3, carrefour entre complicité spéciale et de droit commun

L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne se limite pas à présenter un régime de responsabilité applicable à la communication au public par voie électronique. Il repense, pour partie, la complicité, en prévoyant des dispositions spéciales. En plus desdites dispositions, mention est faite de la responsabilité de droit commun de l'article 121-7 du Code pénal. La pluralité des cas de complicité participe à faire de l'article 93-3 un article à part. La complicité du droit de la presse ne peut s'expliquer que par la particularité du régime de responsabilité étudié. En traitant différemment l'auteur du contenu litigieux, le législateur rétablit le rôle joué par ce dernier, dans l'infraction de presse. Si « *on dit que le complice emprunte la criminalité d'autrui*¹¹² », on comprend le rôle participatif de l'auteur distinct **(A)** de celui des complices de droit commun **(B)**.

A) Complicité mécanique de l'auteur

L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 réserve un traitement particulier à l'auteur. Ce dernier apparaît une première fois dans l'échelle de responsabilité, après le directeur de publication. Retenue à titre principal, la responsabilité du directeur de publication fait barrage à celle de l'auteur des propos litigieux. La participation active de ce dernier, dans la matérialité de l'infraction de presse, rend une telle solution insatisfaisante. La prépondérance donnée à l'acte de publication modifie la perception spontanée du responsable de l'infraction. La réintégration postérieure de l'auteur, en sa qualité de complice « spécial », répare une telle anomalie. On sait le mécanisme similaire à celui de l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881 et que « *d'après ce texte, le directeur de publication doit être poursuivi avant l'auteur de l'article diffamatoire et dans ce cas, l'auteur de l'article diffamatoire, et qui est pourtant l'auteur matériel du délit, n'est poursuivi que comme complice du directeur de la publication*¹¹³ ». Si, formulée de la sorte, une telle solution peut sembler gênante, le recours à une complicité dérogatoire au droit commun est, quant à lui, parfaitement justifié.

Appréhendée dans sa matérialité, la complicité de l'auteur ne relève pas d'une singularité imposant un traitement spécifique. La complicité de droit commun recouvre suffisamment d'hypothèses pour pouvoir affecter l'auteur des propos. Si « *sur le plan*

¹¹² Yves Mayaud, *Op. cit.*, p398.

¹¹³ Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e édition de 2011, dans la collection des « précis ». p.277

matériel, cette automaticité de la poursuite ne présente guère d'intérêt¹¹⁴ », force est de constater que tel n'est pas le cas sur le plan moral. Il paraîtrait surprenant de traiter l'auteur comme complice de droit commun, dans l'hypothèse où la responsabilité du directeur de publication a déjà été engagée à titre principal. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 décembre 1968, les demandeurs au pourvoi arguaient « que la complicité exige une action commise sciemment, en vue du délit, et qu'il n'est pas constaté que, d'une manière quelconque, les demandeurs auraient concouru à la publication faite, sous la responsabilité de X... seul, des allégations¹¹⁵ ». Une telle argumentation était recevable, suivant les règles de la complicité de droit commun. Elle renvoyait à la caractérisation de l'élément moral de la complicité, en insistant sur l'adverbe « sciemment ». Toutefois, elle omettait de prendre en considération le caractère spécifique de la complicité du premier alinéa de l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881. Pour la Chambre criminelle, aux termes de l'article précité, « lorsque les directeurs ou les co-directeurs de la publication seront en cause, les auteurs seront poursuivis comme complices ». Le texte ne se contente donc pas de soumettre une éventualité, il est rédigé de manière impérative. Alors que les personnes auxquelles l'article 121-7 du Code pénal « pourront » être poursuivies comme complices, les auteurs le « seront ». La solution étudiée est parfaitement transposable à la communication au public en ligne.

Cette forme de complicité, exorbitante du droit commun, semble donc replacer l'auteur dans une juste position, au vu de sa connaissance du message publié. Il « *est bien complice de l'éditeur ou du directeur de la publication auquel il fournit les moyens de commettre le délit en publiant le propos litigieux. Ce fait de publication est postérieur et distinct de l'expression du propos. Le mécanisme de la cascade ne modifie donc pas l'ordre naturel des responsabilités¹¹⁶* ». On peut cependant penser ce cas de complicité rare, en raison des conditions nécessaires à son engagement. En effet, la complicité de l'auteur ne fonctionne que dans la mesure où le directeur de publication est identifiable et responsable. Une fois ce premier obstacle franchi, il faudra identifier l'auteur des propos litigieux, ce qui n'est pas « une mince affaire ». De plus, une grande partie du contentieux concerne les espaces de contributions personnelles, n'impliquant pas de fixation préalable. La complicité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne se limite heureusement pas à cette forme particulière, puisqu'un renvoi est fait à l'article 121-3 du Code pénal **(B)**.

¹¹⁴ Emmanuel Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, p.397.

¹¹⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 23 décembre 1968, n°67-90.626 ; Bulletin criminel Cour de cassation Chambre criminelle n°357.

¹¹⁶ Jérôme Huet, préface à la première édition de l'ouvrage *Responsabilités civile et pénale des médias*, *Op. cit.*

B) Les complices de droit commun

L'autonomie de l'article 93-3 de la loi de 1982, par rapport au droit commun, n'est pas absolue. La référence faite aux cas de complicité de l'article 121-3 du code pénal rattache l'article à un pan connu de la responsabilité. L'article 93-3 prévoit, en effet, que « *pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable* ». Cette passerelle avec le droit commun sera déterminée par le juge. Contrairement au précédent alinéa, renvoyant à une complicité précise, celui-ci se distingue par son flou. La matière habitue l'observateur à une détermination organisée des responsables, qui dénote avec la mention incertaine des complices de l'article 121-7 du code pénal. En outre, en dehors de toute exclusion explicite, on ne sait pas si les intermédiaires techniques peuvent être compris dans pareille catégorie. En effet, il serait légitime de concevoir l'activité du fournisseur d'hébergement comme un acte d'aide ou d'assistance. Le stockage des données va indéniablement permettre la publication. Si l'acte respecte bien certaines conditions, comme le fait d'être positif, son caractère intentionnel risquera de faire défaut. Or, cette intention est déjà intégrée dans des dispositions spécifiques de la loi LCEN de 2004. Celle-ci réside dans la connaissance effective de l'activité ou de l'information illicites. Sauf à considérer que ces dispositions pourraient s'articuler avec la complicité de droit commun, le juge ne pourra donc pas rechercher celle des intermédiaires techniques. Une telle affirmation est confortée par l'objectif même de la loi LCEN, résidant dans la formulation de conditions limitatives de responsabilité, pour ces derniers (*Cf. partie II-section 2*).

Pour rechercher les complices de droit commun, il convient donc de sortir du schéma purement technique imposé par l'Internet. Celui-ci n'est qu'un trompe-l'œil, puisqu'il révèle une aide matérielle, sans induire une connaissance manifeste. Cette connaissance peut cependant être celle de la personne qui tient des propos à un journaliste, en sachant qu'ils seront publiés. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi admis qu' « *après avoir souverainement constaté que M. X... avait effectivement tenu les propos incriminés à un journaliste, en sachant qu'ils seraient publiés, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a justifié sa décision, dès lors que le fait de livrer des informations à un journaliste au cours d'un entretien en toute connaissance de cause constitue un fait personnel,*

*positif et conscient de complicité au sens de l'article 121-7 du code pénal*¹¹⁷ ». Si la solution a été rendue en application du renvoi opéré par l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881, elle offre une illustration transposable de la complicité de droit commun pouvant être retenue.

Le rôle du juge dans la détermination des personnes responsables n'est donc jamais aussi important qu'en matière de complicité. En effet, la matière gravite autour d'une responsabilité « en cascade », reposant sur des présomptions. Le recours au droit commun n'est donc pas anodin, en ce qu'il réintègre une part de démonstration. Si la connaissance est acquise pour les acteurs encadrés dans l'échelle de responsabilité, elle fera fréquemment défaut pour les autres, *a fortiori* concernant un support où les informations sont continuellement renouvelées. Cette connaissance du message publié a, par ailleurs, motivé les revendications du producteur, prouvant la prépondérance de l'élément intentionnel (**section 2**).

Section 2 : Espaces de contributions personnelles et responsabilité du producteur

L'étude séparée de la responsabilité du producteur n'est en rien anodine. Elle vise à atteindre un acteur, dont le traitement illustre toute la singularité de la « cascade » de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Logé au dernier rang de l'échelle de responsabilité dudit article, on aurait pu penser le producteur relativement préservé d'éventuelles poursuites. Les développements antérieurs contredisent néanmoins ce préjugé. Sur Internet, la « cascade » avance, insensible aux particularités du support. La condition de la fixation préalable représente un avantage substantiel pour le directeur de publication, libre de mettre en place une modération, pour les espaces de contributions personnelles. L'anonymat chronique de l'auteur précipite alors le fonctionnement de la « cascade ». Le producteur doit affronter sa responsabilité, au nom de l'initiative prise dans la création du service. Cette responsabilité a notamment été reconnue, dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 8 décembre 1998¹¹⁸, à propos d'un service télématique. Bien que sévère, une telle solution sauvegardait l'essence même de la responsabilité « en cascade ».

La loi du 12 juin 2009 a considérablement modifié le régime de responsabilité applicable à la communication au public en ligne. Le législateur s'est en effet émancipé de l'emprise de la « cascade » de l'article 93-3, pour ménager le directeur de publication d'un

¹¹⁷ Cour de cassation chambre criminelle, 6 décembre 2011, n°10-87.556.

¹¹⁸ Affaire *Renouveau* précédemment évoquée, à l'occasion des critères d'identification du producteur.

forum de discussion. Ajustant la responsabilité de ce dernier par rapport à celle des hébergeurs, il a entendu la rigidité du système ancien, pour ces services particuliers. Afin de défendre l'amendement n°201 rectifié, instaurant cette responsabilité allégée, M. Jean Dionis du Séjour déclarait que celui-ci « *définit un régime de responsabilité éditoriale : le directeur de la publication est responsable, sauf pour la partie où s'exprime directement le public dans les forums de discussion et dans les blogs. Je crois qu'il s'agit d'une bonne adaptation du régime de responsabilité de la presse à la presse en ligne, avec une prise en compte adaptée des espaces participatifs*¹¹⁹ ». Si cette prise en compte, par le biais d'une responsabilité amoindrie, se justifiait, elle a partiellement dénaturé l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Puisque seul le directeur de publication était concerné par les dispositions nouvelles, le restant de la responsabilité « en cascade » demeurerait inchangé. Le producteur se voyait investi d'une charge nouvelle, difficilement justifiable, notamment au regard de l'atteinte portée à la présomption d'innocence. Saisi le 27 juin 2011 d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a sauvé les dispositions, en émettant une réserve d'interprétation¹²⁰.

Le régime de responsabilité applicable aux forums a donc été morcelé. La réserve d'interprétation le fait subsister, en dehors des dispositions codifiées. Le juge se retrouve contraint d'assurer l'unité de ces orientations éparses, en rendant leur application fluide. Si, après moult péripéties, la responsabilité du producteur semble définitivement fixée, son accaparement jurisprudentiel doit occuper une partie de nos développements. Aussi, nous pouvons distinguer deux grandes périodes marquantes de l'établissement de la responsabilité étudiée. La première est celle antérieure à la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011 (§1) et la seconde postérieure (§2).

§1- La responsabilité du producteur avant la décision du Conseil constitutionnel n°2011-164 du 16 septembre 2011

L'application de la règle de droit n'est pas constamment aisée. Commandée par des techniques d'interprétation, elle aspire à se rapprocher au mieux de la volonté du législateur. L'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 à la communication au public en ligne offre un exemple choisi de la rupture pouvant poindre, entre la norme et les faits

¹¹⁹ Assemblée nationale- Compte rendu intégral- Deuxième séance du jeudi 02 avril 2009.

¹²⁰ Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, n°2011-164 QPC.

considérés. Le juge a diligemment pris le parti d'engager la responsabilité pénale du producteur, en l'absence de fixation préalable (A). Troublante pour d'aucuns et cohérente pour d'autres, la solution a été entérinée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (B).

A) Une responsabilité automatique du producteur sans fixation préalable

Précédemment mentionné en illustration de la qualité de producteur, l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 8 décembre 1998, a amorcé un mouvement jurisprudentiel enclin à engager la responsabilité du producteur, en l'absence de fixation préalable. Pour relaxer le créateur d'un service télématique, la cour d'appel de Montpellier avait relevé, dans un arrêt du 20 mai 1997, l'absence de pouvoir de contrôle de ce dernier, sur le contenu publié. La juridiction s'était donc affranchie de la lettre du texte, pour établir une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité du producteur. Pour la Cour de cassation néanmoins, « *Christian X... pouvait être poursuivi, en sa qualité de producteur, sans pouvoir opposer un défaut de surveillance des messages incriminés, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés* ». La cour d'appel avait quelque peu anticipé les évolutions du régime de responsabilité, en restaurant une certaine égalité entre le directeur de publication et le producteur. On sait la responsabilité « en cascade » commandée par la recherche d'un responsable, à toute force. En l'absence de fixation préalable et en raison de l'anonymat des auteurs, « *pour assurer la répression, il ne restait d'autre possibilité que d'imputer les infractions à celui qui, par son initiative, en avait permis la réalisation*¹²¹ ». La solution est donc conforme à la lettre et au but du texte, même si, pour le producteur, « *aucune possibilité de faire échec à la présomption qui pèse sur lui en raison de sa fonction ne lui est offerte*¹²² ».

La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation a été étendue à l'Internet. On la retrouve notamment exprimée dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 10 mars 2005¹²³. Aux termes de celui-ci, « *en application de l'article 93-3, alinéa 2, de la loi modifiée du 29 juillet 1982, le producteur d'un « forum de discussion » librement accessible au public sur le réseau Internet peut être poursuivi comme auteur principal du délit visé dans*

¹²¹ Jacques Francillon, *Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle*, Revue de science criminelle 1999, p.607.

¹²² Jacques Francillon, *Op. cit.*.

¹²³ Paris, 10 mars 2005, CCE 2005, comm. n°177, note Lepage.

les poursuites, même si les messages litigieux n'ont pas été fixés préalablement à leur communication au public ». Son « *devoir de contrôler le contenu des messages enregistrés par les internautes* » est quelque peu équivoque, puisque renvoyant à une démarche positive, susceptible de le libérer de l'automatisme des poursuites. La cour d'appel semble donc s'emmêler avec le premier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, sauf à considérer qu'elle se contente d'émettre un conseil, pour éviter les poursuites *ab initio*.

L'engagement de la responsabilité du producteur est conforme aux dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. L'absence de fixation préalable n'a pas été de nature à emporter la clémence des juridictions. Le juge ne pourrait libérer le producteur de toute responsabilité, sans altérer la substance même du texte. Dans le cas contraire, un traitement similaire du directeur de publication et du producteur en l'absence de fixation préalable reviendrait à piétiner les droits de la victime. Ces différentes considérations ont certainement poussé le juge à maintenir la solution précédemment envisagée **(B)**. En apparence, l'engagement de la responsabilité du producteur préserve la cohérence de l'article 93-3, avec la condition que « *puissent être nettement distinguées les qualités de directeur de la publication et de producteur*¹²⁴ ».

B) Un engagement de la responsabilité du producteur consolidé

L'engagement de la responsabilité du producteur offre un moyen d'assurer la cohérence du texte, en fournissant à la victime une personne responsable. Dans son principe, cet engagement semble parfaitement fondé. Toutefois, on observe que les poursuites peuvent concerner une même personne, poursuivie du même chef, suivant une qualité différente. Cette substitution de qualité paraît forcer l'utilisation de la « cascade ». Tel est le cas dans un premier arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 février 2010¹²⁵. Une diffamation publique avait été commise dans un commentaire laissé sur un blog, à l'encontre d'un citoyen chargé d'un mandat public.

Dans un arrêt du 28 janvier 2009, la cour d'appel de Paris avait relaxé le représentant légal d'une association, créateur du blog, en relevant notamment que « *le site ne faisait pas l'objet d'une modération a priori des messages déposés par les blogueurs* ». De plus, celui-ci

¹²⁴ Agathe Lepage, *A la recherche d'un responsable pénal sur l'Internet*, CCE n°11, novembre 2005, comm.177.

¹²⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 février 2010, n°09-81.064. Bulletin criminel 2010, n°31.

ne pouvait être considéré « *comme étant producteur du fait qu'il n'apparaît pas avoir la maîtrise éditoriale du site* ». Invitée à se prononcer sur la qualité de producteur, sur pourvoi de la partie civile, la Cour de cassation a affirmé qu' « *ayant 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, Alain Y... pouvait être poursuivi en sa qualité de producteur, sans pouvoir opposer un défaut de surveillance du message incriminé* ». La maîtrise éditoriale n'importait donc pas et c'est en sa qualité de producteur que le créateur du site pouvait voir sa responsabilité engagée. Pour une grande partie de la doctrine, une telle solution était perturbante. L'angle des poursuites ne semblait pas des plus indiqués. En effet, « *sur internet, les infractions de presse se consomment au moment de la mise en ligne du propos offensant. Cette mise en ligne étant réalisée automatiquement sur les sites non modérés, on ne peut soutenir que les producteurs de ces sites ont eu conscience de s'associer à la diffusion de contenus illicites. D'ailleurs, au mieux, cette fourniture de moyens devrait être envisagée sous l'angle de la complicité (dès lors qu'elle a été accomplie en connaissance de cause) et non sous l'angle de l'action*¹²⁶ ».

La responsabilité automatique du producteur incite donc à la mise en place d'une modération *a priori*. Il est cependant discutabile que ladite incitation passe par une solution fleuretant dangereusement avec l'inconstitutionnalité. La poursuite du producteur, comme auteur principal, a également été retenue dans un autre arrêt du 16 février 2010¹²⁷. Aux termes dudit arrêt, « *sans rechercher si le directeur de la publication n'avait pas également la qualité de producteur au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision* ». La Cour donne l'impression de parvenir à son objectif répressif, par simple substitution de qualité. Or, si le directeur de publication est protégé par l'absence de fixation préalable, il en est autrement pour le producteur. En sus d'être emprisonné par l'automatisme des poursuites, il se retrouve responsable d'une faute dont on ne perçoit que difficilement la substance. En effet, « *la solution retenue revient à assimiler le producteur d'un service à un producteur de contenu. Or le premier, à la différence du second, ne crée pas l'information ni n'en détermine le contenu ; il n'en a donc pas la maîtrise. Dès lors, sa responsabilité pénale est engagée plus en raison du risque créé que de la faute commise*¹²⁸ ».

¹²⁶ Emmanuel Dreyer, *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers*, Recueil Dalloz 2010 p.2206.

¹²⁷ Crim. 16 février 2010, n°08-86.301, Bulletin criminel 2010 n°30.

¹²⁸ Jacques Francillon, *Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)*, Revue de science criminelle 2011 p.635.

Le Professeur Dreyer fait également état de cette responsabilité pour risque, en relevant qu' « *il s'agit d'une responsabilité sans faute puisqu'elle ne repose pas sur un défaut de surveillance imputable au producteur : la prestation fournie par celui-ci est d'ailleurs antérieure à la commission de l'infraction. Il répond a posteriori du risque qu'il a créé en ouvrant le site litigieux !*¹²⁹ ».

Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation ne font aucunement référence à la modification apportée par la loi du 12 juin 2009. En instaurant une responsabilité allégée pour le directeur de publication, le dernier alinéa de l'article 93-3 renforce pourtant l'inégalité sensible entre les deux acteurs. Si les nouvelles dispositions rendent toujours possibles les poursuites contre le directeur de publication, elles encouragent à reporter la charge de la responsabilité sur le producteur. Aussi, une question prioritaire de constitutionnalité était ardemment souhaitable (§2).

§2- Responsabilité du producteur postérieure à la décision du Conseil constitutionnel n°2011-164

La loi du 12 juin 2009 a unifié le régime de responsabilité du directeur de publication, en ne distinguant plus les forums avec une modération *a priori*, des autres. Pour le producteur, l'unification était souhaitable, dans un sens répressif. La loi instaure cependant une responsabilité calquée sur celle des fournisseurs d'hébergement, au bénéfice du directeur de publication. Le directeur de publication ayant également la « casquette » de producteur, n'était donc irresponsable que selon la première qualité. Une décision du TGI de Paris faisait état de cet anomalie, en relevant que « *la responsabilité qui s'attache au « producteur » ne saurait, à défaut de circonstances particulières dont il reviendrait à la partie poursuivante de rapporter la preuve, peser systématiquement sur un directeur de publication qui se trouverait exonéré de responsabilité ès qualités par application de la disposition nouvelle sauf à vider de sa substance l'article 27-II de la loi du 12 juin 2009*¹³⁰ ». Le TGI n'a pas été suivi dans son analyse, dans les deux arrêts précités de la Cour de cassation. Sans surprise, la responsabilité du producteur comme auteur principal a fait l'objet d'une question prioritaire de

¹²⁹ Emmanuel Dreyer, *Droit de la presse et droits de la personnalité, janvier 2010- décembre 2010*, Recueil Dalloz 2011 p.780.

¹³⁰ TGI Paris 17^e chambre, 9 octobre 2009, Min. public c/Carl Z, Jurisdata n°2009-013662. Commentaire par Agathe Lepage CCE n°1, janvier 2010, comm.6.

constitutionnalité (A). Saisi par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation, afin de préserver le texte de la censure (B).

A) L'inconstitutionnalité invoquée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

L'article 61-1 de la Constitution offre la possibilité au justiciable de contester la constitutionnalité de dispositions législatives, *a posteriori*. La présomption de culpabilité pesant sur le producteur a ainsi été au centre d'une question prioritaire de constitutionnalité, renvoyée par la Cour de cassation, le 21 juin 2011¹³¹. Pour une partie de la doctrine, la transmission ne s'imposait pas instinctivement. Le Professeur Diane de Bellecize relevait que « *l'éventualité d'un refus de transmission paraît vraisemblable, les dispositions législatives contestées ayant été instituées par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (L. Hadopi 1) qui a fait l'objet de la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. Même si le Conseil ne s'était pas prononcé sur la modification apportée à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, il avait précisé qu'il n'y avait pas lieu pour lui de soulever d'office aucune autre question de conformité à la constitution*¹³² ». La question a néanmoins été transmise par la Cour de cassation, vraisemblablement sensible à l'argumentation développée par le demandeur.

Condamné par la cour d'appel de Lyon, le 30 septembre 2010, le demandeur au pourvoi invoquait l'inconstitutionnalité de l'article 93-3, en se fondant sur les articles 6,8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Tout d'abord, il prétendait l'article « *contraire aux articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en créant une présomption de culpabilité et en permettant d'imputer à une personne qui, ne saurait-elle rien du contenu des messages diffusés sur son forum ou blog, une infraction à la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, en réalité commise par d'autres* ». Ce dernier instituait également une rupture d'égalité entre le directeur de publication et le producteur, contraire à l'article 6 de la DDHC. Enfin, l'article 93-3 méconnaissait le principe de légalité posé par l'article 8 de la DDHC, en ne précisant pas ce que recouvrait la notion de producteur.

¹³¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 21 juin 2011, n°11-80.010. Bulletin criminel 2011 n°148.

¹³² Diane de Bellecize, *Question en cours : présomption de culpabilité des créateurs de sites internet en tant que producteurs*, Constitutions 2011 p.398.

Les griefs opposés par le demandeur n'étaient en rien inédits. La présomption de culpabilité était suffisamment critiquable, pour légitimer, à elle seule, la question prioritaire de constitutionnalité. Au temps de la procédure, celle-ci était l'unique moyen de défense, pour contrecarrer l'automatisme des poursuites. La notion vague de producteur contribuait à l'essor d'une jurisprudence choquante, au regard de la fragilité de son assise. La Cour de cassation a vérifié l'existence des conditions indispensables à la transmission de la QPC, dont son caractère sérieux. Elle a renvoyé la question au Conseil constitutionnel, en déplorant que ne soient pas définis les moyens pour le producteur de voir écarter sa responsabilité comme auteur principal et que l'article « *réserve un sort différent au directeur de publication et au producteur* ».

La transmission de la question touchait donc les limites de la position prise par la Chambre criminelle, dans les arrêts du 16 février 2010. Sans annuler les dispositions attaquées, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation. Si la décision manque peut être d'audace¹³³, elle rééquilibre incontestablement la responsabilité du producteur comme auteur principal de l'infraction de presse (**B**).

B) La constitutionnalité préservée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

La procédure de QPC a accru le rôle joué par le Conseil constitutionnel. Elle offre une nouvelle voie de droit pour le justiciable, pouvant être déterminante. Si les plaideurs utilisent parfois la QPC comme une simple stratégie de défense, elle demeure un moyen remarquable de contestation du droit existant. Elle encourage des changements vecteurs d'une plus grande cohérence. La question renvoyée par la Cour de cassation le 21 juin 2011, tenait « *d'une part, à l'existence d'une responsabilité pénale qui pèse sur le producteur en raison de sa qualité, sans que soient définis les moyens pour lui de la voir écarter par le juge, d'autre part, à la différence de sort que la loi réserve au directeur de la publication d'un côté et au producteur de l'autre*¹³⁴ ». Même si le grief tiré de l'imprécision de la notion de producteur n'a pas résisté au filtre de la Cour de cassation, la question impliquait toujours des considérations appelant

¹³³ Christine Lazerges, *La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence*, Revue de science criminelle 2011 p.647.

¹³⁴ Agathe Lepage, *Question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982*, Communication commerce électronique n°9, septembre 2011, comm.80.

l'intervention du Conseil constitutionnel. En conséquence, « *les arguments ne manquaient pas de pertinence et il n'y a pas lieu d'être étonné qu'ils aient fait mouche*¹³⁵ ».

Le 16 septembre 2011, le Conseil constitutionnel a pourtant déclaré l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 conforme à la Constitution. Cette constitutionnalité, de façade, s'effrite cependant au contact du considérant 7. Aux termes de celui-ci, « *compte tenu, d'une part, du régime de responsabilité spécifique dont bénéficie le directeur de la publication en vertu des premier et dernier alinéas de l'article 93-3 et, d'autre part, des caractéristiques d'internet qui, en l'état des règles et des techniques, permettent à l'auteur d'un message diffusé sur internet de préserver son anonymat, 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, voie 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 ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne sont pas contraires à l'article 9 de la Déclaration de 1789* ». La constitutionnalité des dispositions ne tient donc plus qu'à la réserve d'interprétation émise. Celle-ci solutionne la présomption de culpabilité instaurée par l'article, tout en rompant avec l'inégalité de traitement qui séparait le directeur de publication du producteur. En effet, « *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)*¹³⁶ ».

En se contentant de mentionner le défaut de connaissance du message avant sa mise en ligne, le Conseil constitutionnel n'explicitait pas le mécanisme permettant au producteur d'accéder à l'irresponsabilité. La Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser le régime de responsabilité du producteur, tel qu'aménagé par la réserve d'interprétation. Aux termes d'un arrêt rendu le 31 janvier 2012¹³⁷, « *la responsabilité pénale du producteur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du*

¹³⁵ Agathe Lepage, *Conformité avec réserve de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982*, Communication commerce électronique n°11, novembre 2011, comm.106.

¹³⁶ Jacques Francillon, *Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)... suite et fin*, Revue de science criminelle 2011 p.647.

¹³⁷ Cass. crim. 31 janvier 2012, n°11-80.010. Jurisdata n°2011-012814.

public des messages adressés par des internautes, n'est engagée, à raison du contenu de ces messages, que s'il est établi qu'il en avait connaissance avant leur mise en ligne ou que, dans le cas contraire, il s'est abstenu d'agir promptement pour les retirer dès le moment où il en a eu connaissance ». La Cour de cassation formule donc de manière plus précise les conditions d'engagement de la responsabilité du producteur, à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011. Celles-ci ont notamment été rappelées dans un arrêt du 30 octobre 2012¹³⁸.

On observe donc un alignement de la responsabilité du directeur de publication, avec celle du producteur. Si ce dernier rentre en conformité avec les droits de la défense, il est également à l'origine de nombreuses interrogations. Le législateur semble confronté à une technologie dont il ne perçoit que partiellement la substance. L'avance n'est que trop rarement à son avantage. L'attente d'un débat judiciaire révèle son incapacité à prévoir les effets des normes qu'il édicte. A cette incapacité manifeste, se rajoute l'apparition régulière de services, que les principes du droit pénal ne permettent pas de soumettre à une norme silencieuse.

De manière générale, la décision rendue par le Conseil constitutionnel confirme l'inadaptation des dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, à la communication au public en ligne. Ce n'est que par le fait de la réserve d'interprétation que l'article subsiste. Les arrêts rendus par la Cour de cassation rendent la lettre du texte dépassée. Aussi, « *il y a donc un fossé entre la façon dont continue d'être écrit l'alinéa 2 de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et celle dont il est appliqué par la Cour de cassation*¹³⁹ ». Si ce fossé trouve une assise juridique, force est de constater que les dispositions de l'article 93-3 nient, par leur silence, la réalité. Cette inadéquation du texte aux exigences posées par la pratique sonne comme un refrain douloureux. L'intervention du Conseil constitutionnel trahit l'incapacité du législateur, à parfaitement assimiler la singularité de l'Internet. Pour décharger ce dernier d'un constat trop critique, on signalera tout de même la rudesse de sa mission. Les dispositions législatives ne révèlent leur inadéquation que par l'intervention des juridictions. Amenées à se prononcer sur la responsabilité « en cascade », ces dernières découvrent les failles d'un système reposant sur une simple extension. Ladite extension favorise l'élaboration

¹³⁸ Cass. crim. 30 octobre 2012, n°10-88.825.

¹³⁹ Agathe Lepage, *Responsabilité pénale du producteur en cas de commission d'une infraction de presse sur Internet*, Communication commerce électronique n°3, mars 2013, comm.31.

d'un droit détourné d'une application stricte de la loi. Celui-ci se développe, pour combattre la rigidité de la norme pénale. On se souvient pareillement de la résistance opérée par la cour d'appel le 29 janvier 2004, dans l'affaire *Costes*, à propos du point de départ de l'action publique. Bien que cassé par la Cour de cassation, l'arrêt avait le mérite de proposer une technique de report, semblant plus proche des spécificités de l'Internet. Si le point n'est qu'indirectement lié à notre étude, il témoigne de l'absence de solutions suscitant l'unanimité.

L'application malaisée des dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, ainsi que l'intervention du Conseil constitutionnel corrélativement à son dernier alinéa, mettent en exergue l'incapacité manifeste à trouver un régime de responsabilité irréprochable. L'espoir d'une neutralisation s'éloigne, à mesure que ledit régime subit des critiques (**seconde partie**).

Seconde partie : Une neutralisation de l'Internet mise à l'épreuve

A tout le moins en matière d'infractions de presse, Internet n'est pas une « zone de non-droit ». Amplement répandue dans l'opinion publique, l'idée est révélatrice des doutes subsistants, quant à l'application régulière des règles de responsabilité prévues par la loi. A la lumière des développements précédents, c'est une toute autre tournure que doit prendre le débat. La problématique n'est pas tant celle de l'inexistence de ces règles, que de leur inadaptation. La neutralité technologique aspire au maintien d'une certaine égalité entre les supports. Or, jusqu'à quel point les spécificités de l'Internet doivent-elles influencer sur un régime visant l'unité ?

La question soulevée rappelle les premiers développements de notre étude. En appliquant des dispositions existantes, avec un effort d'adaptation *a minima*, le législateur gagne en cohérence. Il est plus aisé de considérer indifféremment l'Internet, sous peine de devoir échafauder des régimes distincts pour tous les médias. Nous le savons, « à la fin des années 90, le parti pris du législateur a été de considérer internet comme un média ordinaire, c'est-à-dire soumis au même droit que les autres médias¹⁴⁰ ». Volontairement ou non, l'auteur renvoie donc à un « parti pris », que Le Petit Larousse définit comme une « *opinion*

¹⁴⁰ E. Dreyer, *Les nouvelles responsabilités sur internet*, AJ pénal 2013 p.15.

préconçue » ou la « *résolution prise d'avance* ». La définition donnée nous rapprocherait de l'état d'esprit du législateur. Il n'a peut-être jamais été question d'instituer un régime propre. Partant de ce postulat, l'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne peut que modérément nous surprendre. Nous le savons, un tel élargissement ne rencontrait pas l'unanimité de la doctrine. Si, sur le papier, ce dernier peut paraître propice aux droits des victimes, de nombreux éléments contrarient sa bonne application. Malgré la réserve d'une partie de la doctrine, la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 a soumis la communication au public en ligne à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Par cet élargissement, le législateur a ouvert une « cyber boîte de Pandore ».

Nous pouvons saluer le législateur dans sa tentative de neutralisation de l'Internet, pour sa grande audace. Celle-ci exige de la norme pénale une flexibilité qu'elle peut, elle-même, ignorer. Elle sera parfois l'œuvre du juge ordinaire, dont certaines des décisions ont été présentées dans les développements antérieurs. D'aucuns prétendent que la force de la norme réside dans l'égalité de son application. Rapportée à notre étude, cette suggestion permettrait d'appliquer les règles de responsabilité déjà existantes, en considérant indifféremment l'Internet. La neutralisation reviendrait à admettre une égalité entre les supports. Toutefois, une telle vision est-elle réellement conciliable avec les spécificités de l'Internet ?

L'analyse des dispositions de l'article 93-3 se révèle doublement délicate. La première raison tient au fait que le régime porte, en lui-même, une dérogation au droit commun, marquée par la présomption de responsabilité. La seconde concerne les modifications apportées à ces règles et l'application qui en est faite, pour pourvoir à l'émergence de services nouveaux, à l'instar des forums de discussion. Dans sa volonté d'adapter les règles de responsabilité, sans totalement les revoir, le législateur semble s'inscrire dans une dynamique d'opportunité. En outre, l'alinéa ajouté à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009, répond à une demande précise, sans incorporer la logique des alinéas précédents. Les éléments constitutifs du délit de presse que sont, pour le Professeur Emmanuel Dreyer, « *le fait de publication*¹⁴¹ » et « *la conscience de publier*¹⁴² » deviennent moins évidents à identifier. Les comportements réprimés changent de nature, en conformité

¹⁴¹ Emmanuel Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, *Op. cit.*, p.199.

¹⁴² Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*, p.246.

avec les conditions de responsabilité posées par le législateur et le juge constitutionnel¹⁴³. Cette altération progressive des repères perturbe la compréhension générale de la matière. Cette dernière requière pourtant une rigueur soutenue, puisque son régime de responsabilité occasionne, en lui-même, de nombreuses interrogations (**chapitre I**).

Le support est demandeur de règles reposant sur le rôle effectif des protagonistes. Les « qualités » envisagées dans l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne sont pas représentatives de la précarité de ces rôles, sur Internet. Si la loi LCEN du 21 juin 2004 offre des fonctions spécialement adaptées au support, dont celle du fournisseur d'hébergement, le régime de responsabilité découlant de ces dernières se concilie mal avec celui de l'article 93-3 (**chapitre II**).

- **Chapitre 1 : Un rapport traditionnel avec la responsabilité pénale troublé**
- **Chapitre 2 : Une chaîne de responsabilité incertaine**

¹⁴³ Conseil constitutionnel, décembre 2011, n°2011-164 QPC.

Chapitre 1 : Un rapport traditionnel avec la responsabilité pénale troublé

Puisque « *la responsabilité pénale a pour fait générateur l'infraction*¹⁴⁴ », l'étude des éléments constitutifs de cette dernière n'est pas dissociable de celle du régime de responsabilité. L'ensemble fonctionne comme un tout interdépendant. Le régime de responsabilité « en cascade » rend compte de la spécificité des éléments constitutifs, afin d'éviter que des infractions demeurent impunies. Dans cette répression guidée de l'infraction, la victime obtient l'assurance de voir une responsabilité engagée. Toutefois, ce qui profite à la victime a nécessairement des incidences sur l'auteur de l'infraction. Le régime de responsabilité instauré par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 bouleverse les repères relatifs à la responsabilité pénale. Si la présomption de responsabilité caractérise le régime de responsabilité « en cascade », celle-ci suscite certaines réprobations. Des difficultés sont rapidement apparues, dans la conciliation devant être faite « *entre le texte d'incrimination exigeant la preuve d'un élément moral et la règle de poursuites permettant de présumer cet élément*¹⁴⁵ ». Ces dernières justifient un contrôle de conventionalité, des organes juridictionnels compétents. Des requérants avaient ainsi remis en question la conformité de la présomption de responsabilité, instaurée par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, au regard des dispositions conventionnelles. Plus précisément, ils voyaient « *une méconnaissance du droit à la présomption d'innocence garanti par l'article 6§2 de la Convention*¹⁴⁶ », dans la présomption irréfragable de responsabilité pesant sur le directeur de publication. De la sorte, l'affaire *Radio France et autres c/ France*, dont il est ici question, a donné l'occasion à la Cour EDH de porter son examen, quant au mode d'engagement de la responsabilité de ce dernier. A travers cette jurisprudence, apparaissaient des doutes légitimes, relatifs à un système contrevenant, en apparence, aux droits de la défense. Le législateur ne pouvait donc se prévaloir d'avoir établi un système de responsabilité parfaitement équilibré. Ayant été étendu à la communication au public en ligne, ledit système doit affronter les mêmes critiques, pour ce support nouveau d'application. La présomption d'innocence est plus que jamais de rigueur, alors que l'Internet occasionne un accroissement quantitatif des infractions de presse. La présomption ne peut s'expliquer que par la matérialité de l'infraction de presse, constituée par une publication que le responsable éditorial doit contrôler (**section 1**).

¹⁴⁴ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, Op. cit., p.367.

¹⁴⁵ Emmanuel Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, Op. cit., p.248.

¹⁴⁶ CEDH, 30 mars 2004, *Radio France et autres c/ France*, §21.

Des difficultés surgissent donc quant à la démonstration de l'élément moral. A ces dernières, s'ajoutent une modification des éléments constitutifs de l'infraction de presse, inhérente à la prise en compte de certaines fonctionnalités de l'Internet. En matière de forums de discussion, le fait que le dernier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 exige un prompt retrait du message litigieux décale temporellement la constitution de l'infraction. Elle n'est plus exclusivement liée au fait d'avoir autorisé la publication dudit message. Cette déformation des infractions de presse est subséquente à la prise en compte des spécificités de l'Internet, proposant une multitude de services, de nature à le considérer comme une sorte de média « poupées russes » (**section 2**).

Section 1 : Sur l'existence d'une présomption irréfragable de responsabilité

La présomption de culpabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 est au cœur d'un contentieux porté devant la Cour européenne (§2). Le bien-fondé de cette présomption ne peut valablement être compris, sans nous attarder sur la matérialité de l'infraction de presse (§1).

§1- Une matérialité de l'infraction à l'origine de la présomption de culpabilité

La place de l'élément moral « est compliquée par le débat sur la consistance matérielle de l'infraction dont l'intention épouse les contours¹⁴⁷ ». En matière d'infractions de presse, la caractérisation de la matérialité fait face à deux principales difficultés. La première est liée à la nature de l'élément matériel (**A**), alors que la seconde concerne le rapport unissant ce dernier au directeur de publication (**B**).

A) Nature de l'élément matériel de l'infraction de presse

La nature de l'élément matériel de l'infraction de presse est délicate à analyser. En effet, la juxtaposition du texte d'incrimination aux règles de responsabilité n'avance que peu sur cette dernière. L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 donne une liste des personnes responsables, « au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29

¹⁴⁷ Emmanuel Dreyer, *Responsabilité civile et pénale des médias*, Op. cit., p.246.

juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique ». Nous pourrions prendre l'exemple de la diffamation, définie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 comme « *toute 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* », pour tomber dans un amalgame des plus regrettables. Une analyse précipitée des dispositions pourrait conduire à percevoir, dans l'allégation, l'élément matériel de l'infraction. Le régime de responsabilité « en cascade » procéderait donc par artifice, en admettant un éloignement du directeur de publication, avec la matérialité de l'infraction. La responsabilité de ce dernier ne serait donc pas personnelle. Il faut remonter plus en arrière dans nos développements, pour retrouver l'énonciation d'une telle interprétation : « *l'auteur matériel de l'article diffamatoire, et qui est pourtant l'auteur matériel du délit*¹⁴⁸ ». Volontairement provocante, cette affirmation traduit l'erreur de jugement pouvant être faite. En effet, on sait cette dernière erronée, en raison de la place occupée par la publication, dans la constitution de l'infraction de presse.

Plus qu'un point commun entre les infractions presse, la publication entrerait dans ses éléments constitutifs. Il faut, pour cela, considérer que « *l'infraction n'est consommée que par le fait de la publication. Il en constitue l'élément matériel*¹⁴⁹ ». Cependant, une telle identification de la matérialité de l'infraction ne rend pas compte de la diversité des propos, à l'origine de l'infraction de presse. Si la diffamation constitue un exemple courant de ces infractions, elle en manifeste seulement une des formes. Dès lors, comment devons-vous considérer les propos litigieux, au regard des éléments constitutifs de l'infraction de presse?

Il serait envisageable d'incorporer le contenu des messages, dans la matérialité de l'infraction de presse. L'éventualité semble toutefois écartée par le Professeur Emmanuel Dreyer, affirmant que « *seul le contenu de chaque message rendu public permet de distinguer les infractions de presse les unes des autres. Il constitue la condition préalable de ces infractions*¹⁵⁰ ». Or, nous savons que les conditions préalables ne doivent pas se confondre avec la matérialité de l'infraction. Elles délimitent « *un cadre permettant à celle-ci de se manifester*¹⁵¹ », contrairement aux éléments constitutifs, qui « *sont relatifs à la conduite*

¹⁴⁸ Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Op. cit., p.277.

¹⁴⁹ Emmanuel Dreyer, Op. cit., p.199.

¹⁵⁰ Emmanuel Dreyer, Op. cit., p.53.

¹⁵¹ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, p.185.

*réprouvée elle-même*¹⁵² ». Si nous devons, exceptionnellement, considérer la condition préalable de l'infraction de presse comme élément constitutif de l'infraction de presse, celle-ci forcerait son entrée dans la catégorie des infractions complexes. Aussi, retenons simplement que la publication rentre dans la matérialité, pour en faire un élément déterminant de l'infraction de presse.

La publication constitue la clé de voûte du régime de responsabilité « en cascade » adopté par le législateur. Elle est crainte par ce dernier, comme un vecteur de désordre social. L'échelle de responsabilité intéresse des acteurs entretenant un lien étroit avec la publication. Ce lien justifie le placement du directeur de publication au sommet de ladite échelle. On comprend donc que « *la poursuite du directeur de la publication ou de l'éditeur comme auteur principal et du rédacteur comme complice s'explique par le fait que l'acte anti-social est la diffusion dont le directeur de publication est l'auteur ; le rédacteur ne fait que préparer et faciliter la transmission de la diffamation, de l'outrage aux mœurs, ou de l'atteinte à la vie privée*¹⁵³ ». Puisque cet acte « anti-social » intéresse la volonté répressive du législateur, encore faut-il découvrir la relation exacte subsistant entre la publication et son directeur (**B**).

B) Directeur de publication et matérialité de l'infraction

Plus qu'une condition emblématique, la publication joue un rôle déterminant dans la constitution du comportement infractionnel. En ce que « *l'élément de publicité est une condition nécessaire des délits de presse*¹⁵⁴ », il doit être pris comme un moyen de pénétrer dans la logique de la responsabilité « en cascade ». Les personnes mentionnées dans l'échelle de responsabilité influent de manière plus ou moins directe sur la publicité. A cet égard, on comprend que l'auteur matériel des propos ne puisse pas être auteur naturel de l'infraction. Sa seule forme de participation à la publication réside dans l'accord donné à cette dernière. La responsabilité assumée à titre principal, par le directeur de publication, trouve toute sa signification.

Nous avons relevé l'éloignement du directeur de publication de la matérialité du propos litigieux. L'exigence de publicité rattrape celui-ci, en intégrant un élément déclenchant

¹⁵² Yves Mayaud, *Op. cit.*, p.185.

¹⁵³ Bernard Bouloc, *Op. cit.*, p.77.

¹⁵⁴ Patrick Auvret, *Application de la loi de 1881 à la communication en ligne*, Jurisclasseur communication fascicule 4860.

l'action répressive du juge. Si la publication met en mouvement les poursuites, conformément à l'adage selon lequel « c'est la publication qui fait le délit », l'implication du directeur de publication dans cette dernière doit être plus conceptualisée que matériellement regardée. En effet, « *publier, ce n'est pas mettre à la disposition effective du public un propos incriminé*¹⁵⁵ ». Nous ne pourrions que difficilement rattacher une faute intentionnelle à une tâche relevant davantage de l'exécution. Sans cela, la responsabilité du directeur de publication serait du fait d'autrui. En effet, ce dernier ne participe pas directement à cette mise à disposition. Son rôle se situe plus en amont, dans « *l'accord donné à la publication*¹⁵⁶ ». Cela revient presque à engager sa responsabilité *ante delictum*¹⁵⁷, puisque la publication effective n'est, à ce stade, que sollicitée.

L'imputation du directeur de publication, dans l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, trouverait son fondement dans son adhésion à la publication. L'engagement de sa responsabilité serait consécutif à une faute de vigilance. Le devoir de contrôle du directeur de publication expliquerait que sa responsabilité soit engagée au titre de cette qualité. De sorte, « *des devoirs et des impératifs d'action sont en cause, qui pèsent d'abord sur ceux qui ont un rôle de direction et d'édition, ce qui les rend personnellement responsables des défaillances commises à ce titre, sans pouvoir soutenir que leur responsabilité serait plus une concession à la théorie, que le reflet de la réalité*¹⁵⁸ ».

Relevant d'une démarche intellectuelle, la publication ne peut que se confondre avec l'élément moral. Le risque serait alors de déduire de l'ordre de responsabilité, une présomption de culpabilité.

La présomption de plein droit reposant sur le directeur de publication est explicitement formulée dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 17 décembre 1991¹⁵⁹. Aux termes dudit arrêt, le directeur de publication « *est ainsi responsable de droit, en application de l'article 42 de la loi susvisée, - lequel n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de*

¹⁵⁵ Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*, p.232.

¹⁵⁶ Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*, p.232.

¹⁵⁷ Sur la prohibition d'une telle intervention : Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} édition de 2006, p.310.

¹⁵⁸ Yves Mayaud, *De l'accessibilité aux mineurs des messages violents ou à caractère pornographique*, *Revue de science criminelle* 2000 p.611.

¹⁵⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 décembre 1991, n°90-83.534. *Bulletin criminel* 1991 n°481 p.1231.

l'homme et des libertés fondamentales - de tout ce qui est publié par la voie dudit écrit périodique lorsque le caractère diffamatoire en est démontré ». L'arrêt présente un double intérêt. En effet, celui-ci précise les conséquences données à l'application de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881. Il transcrit également un contrôle de conventionalité fait par le juge ordinaire, réfutant la contrariété à l'article 6 de la Convention. Puisque le devoir du directeur de publication « est de surveiller et de vérifier tout ce qui est inséré » dans l'écrit intéressé par les poursuites, il ne peut se défaire de sa responsabilité.

La solution précédemment présentée n'apparaît que guère satisfaisante. Comme « *il semble bien, en effet, que le directeur de la publication ne puisse pas en matière de diffamation échapper à sa responsabilité pénale, la jurisprudence n'admettant pas la délégation et considérant que le directeur de la publication est censé avoir lu l'écrit diffamatoire*¹⁶⁰ », l'intervention de la Cour EDH était fermement attendue (§2).

§2- Une présomption de culpabilité soumise à l'appréciation de la Cour EDH

L'arrêt précédent en offre une illustration, le contrôle de conventionalité réalisé par la Cour de cassation n'a pas porté les fruits espérés. L'allégation d'une non-conformité à ladite norme reposait toutefois sur des arguments parfaitement légitimes. Nous savons que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, au centre de cette étude, a amplement été inspiré par les dispositions de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881. Il était donc prévisible que ces dispositions fassent aussi l'objet d'un contrôle de conventionalité. L'arrêt *Radio France et autres c/ France*, rendu par la Cour européenne, s'inscrit dans la continuité de l'arrêt de la Cour de cassation de 1991 (B). Si l'affaire a donné l'occasion à la Cour de statuer sur l'exigence de fixation préalable posée par l'article 93-3 de la loi de 1982, c'est pour son lien avec la présomption d'innocence que nous devons l'approfondir (A).

¹⁶⁰ Bernard Bouloc, *La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence*, Revue de science criminelle 1993 p.88.

A) Une présomption d'innocence prétendument contrevenue

Certains praticiens dénoncent « l'écran de fumée » que serait la présomption d'innocence. Il est ainsi possible de lire qu' « *au sens du droit pénal positif, la présomption d'innocence ne sert qu'à dissimuler au public que la justice pénale vous présume coupable*¹⁶¹ ». Cette vision, polémique, n'entame cependant pas sa reconnaissance dans notre système judiciaire. La Convention européenne des droits de l'homme, prévoit, en son article 6-2, que « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Cette garantie est reprise dans l'article 9-1 du Code civil, aux termes duquel « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* ». Nous ne pouvons nous départir de l'idée que le débat portant sur ladite présomption paraît anachronique. Cependant, notre représentation idéalisée du droit est régulièrement contredite par des procédures engagées. L'affaire *Radio France et autres c/ France* a fait ressurgir ce débat devant la Cour EDH.

L'affaire avait commencé par un jugement du tribunal correctionnel de Paris (17^e chambre), condamnant le directeur de publication et un journaliste en qualité respectivement d'auteur et de complice, du délit de diffamation publique envers un fonctionnaire public. Un message d'information, reprenant un article paru dans un hebdomadaire, avait été diffusé, de manière répétée, pendant un certain laps de temps. Aux termes du jugement, il était dans ce message « *imputé à M. Junot d'avoir eu, en sa qualité de sous-préfet de Pithiviers, un rôle personnel et actif dans la déportation de juifs* ». Les allégations intervenaient dans un contexte particulièrement propice à leur propagation, marqué par l'affaire Papon. Le jugement retenait que le « *directeur de publication, dont le devoir est de contrôler ce qui est diffusé sur la chaîne qu'il dirige, est donc, de droit, responsable comme auteur principal du délit de diffamation* ». Le 17 juin 1998, la cour d'appel confirma le jugement. Les requérants virent rejeter leur pourvoi, par un arrêt du 8 juin 1999¹⁶².

L'enjeu résidait principalement dans l'existence, ou non, de la fixation préalable, telle que prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Celle-ci était acquise, en raison de la diffusion répétitive sur les ondes du message litigieux. Devant la Cour EDH, les requérants invoquaient une violation de l'article 7§1 de la Convention, en raison de l'application

¹⁶¹ Dominique Inchauspé, Avocat au barreau de Paris, *La présomption d'innocence, une idée fausse ?*, Gazette de Palais, 24 juillet 2012 n°206 p.9.

¹⁶² Cour de cassation, 8 juin 1999, n°98-84.175. Bulletin criminel n°128 p.353.

extensive de la notion de « fixation préalable ». Puisque tel n'est pas le sujet principal de nos développements, on relèvera tout au plus que la Cour européenne a admis la conformité de l'interprétation faite de la notion, eu égard à sa cohérence avec la substance de l'infraction en cause et sa prévisibilité raisonnable. Cette « *interprétation extensive*¹⁶³ » et « *téléologique*¹⁶⁴ » a été réaffirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 octobre 2011¹⁶⁵.

Les requérants alléguaient également une violation de l'article 6§2 de la Convention, relatif à la présomption d'innocence. Plus précisément, ils affirmaient que « *tel qu'interprété par les juridictions internes, l'article 93-3 de la loi de 1982 conduit à une rupture de l'égalité des armes : la culpabilité du directeur de la publication serait automatiquement déduite du seul fait matériel de la diffusion de messages répétés – la partie poursuivante n'étant pas tenue de prouver son intention délictuelle* ». L'argument fait écho aux précédents développements, en mentionnant le fait matériel. Celui-ci serait suffisamment « parlant », pour induire la culpabilité du directeur de publication. Toutefois, une telle déduction méconnaîtrait son droit à la présomption d'innocence.

Le Gouvernement contestait le caractère irréfragable de ladite présomption. Son premier argument, selon lequel « *le ministère public ne se trouverait pas dispensé d'apporter la preuve de l'élément matériel de l'infraction, à savoir la diffusion d'un message diffamatoire* », n'est pourtant que modérément convaincant. Le Gouvernement reconnaît l'existence de moyens de défense, permettant au directeur de contester sa responsabilité effective. Les requérants pouvaient notamment évoquer le fait justificatif de bonne foi. La présomption de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 n'entraîne donc pas la présomption de mauvaise foi de l'auteur des propos diffamatoires. Le gouvernement affirmait également que « *que la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit pour peu qu'elles soient insérées dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense. Or la présomption de l'article 93-3 de la loi de 1982 respecterait de telles limites* ». En outre, la fixation préalable présume le rôle effectivement joué par le directeur de publication, alors que son absence le libère de toute responsabilité.

¹⁶³ Jacques Francillon, *Diffusion de messages diffamatoires répétitifs sur les ondes d'une station de radio. Responsabilité pénale du directeur de publication*, Revue de science criminelle 2012 p.173.

¹⁶⁴ Bertrand de Lamy, *L'avancée de la conception matérielle de la légalité criminelle*, Recueil Dalloz 2004 p.2756.

¹⁶⁵ Crim., 5 octobre 2011, n°10-87.043. Dalloz 2012 p. 765 observation Emmanuel Dreyer.

Par ailleurs, le Gouvernement rappelle l'origine de la responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, celle-ci est bien personnelle puisque *«touchant à la confection du message en cause, mais à sa publication ou diffusion, ce qui relèverait des attributions du directeur de la publication»*. Elle rejette définitivement l'hypothèse selon laquelle la responsabilité du directeur de publication serait du fait d'autrui.

La confirmation est donc obtenue que l'élément moral est étroitement lié à la matérialité du délit. Le seul élément de défense probant se situe à un stade inférieur, lié à la démonstration de bonne foi de l'auteur du propos litigieux. A la limite de la présomption irréfragable de culpabilité, la responsabilité du directeur de publication, instituée par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, va pourtant convaincre la Cour **(B)**.

B) Une présomption de responsabilité conforme à la Convention EDH

Le professeur Emmanuel Dreyer déclarait, à propos de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, que *« la jurisprudence a découvert un autre intérêt à l'imputation expresse de la responsabilité au directeur de la publication ou à l'éditeur. Puisque les délits de presse comportent nécessairement un élément moral, elle a trouvé là le moyen d'établir une présomption. Le législateur en rêvait; la Cour de cassation l'a fait. Ce que le pouvoir politique n'aurait jamais pu imposer, la Chambre criminelle l'a affirmé décisions après décisions : éditeur et directeur de la publication sont responsables de plein droit, en cette qualité, à raison de la publication litigieuse¹⁶⁶ »*. Il faut donc croire que le « hold-up » réalisé par la Cour de cassation n'a pas suscité l'indignation de la Cour européenne. Cette dernière a en effet rejeté l'argument tiré de la violation de l'article 6§2 de la Convention.

A propos de la présomption instituée par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, la Cour a tout d'abord relevé *« qu'en la présente cause la difficulté tient de ce que cette présomption se combine en la matière avec une autre, les imputations diffamatoires étant présumées faites de mauvaise foi »*. Les deux sont cependant conciliables, puisque la première n'empêche pas de rapporter la preuve d'une bonne foi. La Cour trahit vraisemblablement le caractère irréfragable de la première présomption *a contrario*, en énonçant que *« cette seconde présomption n'est cependant pas irréfragable »*. On comprend donc que le but

¹⁶⁶ Compte rendu conférence du 5 mars 2002- *La loi sur la liberté de la presse : une loi pour le XXIème siècle ?*- Présomption et responsabilité du directeur de publication.

l'emporte sur la manière, en forçant le directeur de publication à réaliser un contrôle effectif, moyen le plus efficace pour lui de s'exonérer de sa responsabilité. Il est cependant durement tenu et ne pourra compter que sur l'absence de fixation préalable pour être absolument libéré de toute poursuite.

La présomption de culpabilité pesant sur le directeur de publication touche donc les limites du régime de responsabilité en « cascade » de la loi du 29 juillet 1982. Pour la communication audiovisuelle, déjà, une interprétation téléologique était nécessaire, pour utiliser la condition de la fixation préalable à des fins répressives. Présumé, l'élément moral lié à la publication ne peut que difficilement trouver à s'appliquer sur Internet, alors que le contenu informationnel se duplique en permanence. L'idée même d'une présomption de culpabilité serait de nature à renier les spécificités de l'Internet. Aussi, en matière de forums de discussion, le législateur a entendu le risque de maintenir les dispositions de l'article 93-3. Il a aménagé la responsabilité du directeur de publication¹⁶⁷, en incorporant la condition de la connaissance effective du message litigieux, qui n'est jamais que le retour de la démonstration de l'élément moral. Préexistait cependant une présomption irréfragable pesant sur le producteur. Celle-ci a été contestée, avec succès, devant le Conseil constitutionnel¹⁶⁸, marquant l'incompatibilité des présomptions à l'Internet. Or, si les dispositions de la loi du 12 juin 2009 et la réserve d'interprétation émise traduisent la singularité des forums de discussion, elles contribuent à modifier ce qui est réellement puni par le législateur. Dès lors, plus le juge et le législateur tentent de s'adapter au support qu'est Internet, plus ils semblent s'éloigner de l'esprit de la loi du 29 juillet 1881 (**section 2**).

¹⁶⁷ Article 93-3 tel que modifié par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009- article 27.

¹⁶⁸ Décision n°2011-164 QPC du 16 septembre 2011.

Section 2 : Une prise en compte des spécificités de l'Internet corrompant l'esprit de la loi du 29 juillet 1881

En droit pénal, la notion de prévisibilité est récurrente. Elle était notamment mentionnée dans l'arrêt *Radio France*, pour asseoir la légitimité de l'interprétation téléologique faite par la Cour de cassation. La prévisibilité des sanctions doit être assurée, pour garantir, au justiciable, une certaine sécurité juridique. Cependant, les évolutions technologiques sont sources d'imprévisibilité. L'esprit du texte n'est parfois pas suffisant, pour soumettre une réalité technique à la norme pénale. Ainsi, si le fait de voir une fixation préalable, dans la diffusion répétitive d'un message, se comprend, l'interprétation extensive n'est pas toujours aussi souple.

La notion de fixation préalable est parfois mise à rude épreuve, comme en témoigne la fonctionnalité « Google suggest ». Devant les juridictions civiles, la publication semble s'éloigner de son assise traditionnelle, pour concerner une hypothèse insolite. L'immixtion d'un logiciel dans l'élaboration des suggestions repense la volonté de l'auteur du contenu du message. De même, l'influence de la suggestion dans le comportement de l'internaute est plus crainte que le fait du message. L'infraction répond désormais à une logique modifiée par la technologie (§1).

Tirailé entre le souhait de maintenir de la cohérence dans les dispositions législatives et celui d'adapter la norme à l'Internet, le législateur agit par pulsions destructrices de l'unité du droit. En voulant faire le pont entre les dispositions de la loi LCEN du 21 juin 2004 et le régime de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, il a vraisemblablement perdu l'esprit du second (§2).

§1- « Google suggest » ou la responsabilité engagée pour suggérer

La fonctionnalité « Google suggest » est révélatrice de la part grandissante jouée par les fonctionnalités, dans la volonté individuelle. Initialement, celle-ci devait se borner à raccourcir le temps de saisie des internautes. On sait pourtant que cet objectif a été dépassé, dans la pratique. La suggestion devient une incitation à la consommation de l'information visée. Dès lors, les dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sont employées à des fins qu'elles ne pouvaient prévoir (A). L'engagement de la responsabilité civile du

directeur de publication n'est plus fondé sur un contrôle du message litigieux avant sa publication **(B)**.

A) « Google suggest » et la place de l'intention

La fonctionnalité « Google suggest » n'incite que modérément les internautes à découvrir le patrimoine culturel mondial. Elle est surtout à l'origine d'un contentieux important, porté devant les juridictions civiles, en raison du caractère injurieux ou diffamatoire que de telles suggestions peuvent présenter pour des sociétés. Pour le droit pénal, la question est d'importance, car « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*¹⁶⁹ ». Or, la question a nécessairement lieu de se poser, puisque les juridictions civiles sont tenues d'appliquer les dispositions contenues dans les lois du 29 juillet 1881 et du 29 juillet 1882. On a ainsi pu lire, dans une ordonnance de référé, que « *ce faisant Google participe, fut-ce involontairement, à une campagne de dénigrement*¹⁷⁰ ». Si la juridiction appliquait des dispositions de droit civil, l'incertitude du rôle effectif de la société, dans la rédaction de la suggestion apparaissait.

Déterminées par le biais d'un algorithme, on pourrait penser que les propositions suggérées ne laissent aucune place à l'intention. Aussi, la neutralité technologique est fréquemment invoquée par les défendeurs, pour tenter de faire échec aux poursuites. Une telle argumentation est parfaitement compréhensible, puisqu'elle rappelle une réalité technique. Le logiciel génère les suggestions, sans que la main du directeur de publication intervienne. L'intervention humaine s'observe en amont, dans l'élaboration du logiciel. Retenir l'intention du directeur de publication reviendrait à lui reprocher le principe de la suggestion, plus que la suggestion en elle-même.

La jurisprudence montre pourtant que l'automaticité des suggestions reste à relativiser. Le tribunal de grande instance de Paris a ainsi relevé que « *le système en cause procède effectivement de l'intervention et de la décision humaine, non seulement quant à sa mise en œuvre soit les algorithmes qui le font fonctionner, mais également quant aux objectifs*

¹⁶⁹ Code pénal article 121-3.

¹⁷⁰ Tribunal de commerce de Paris ordonnance de référé 07 mai 2009. *Legalis.net*

*poursuivis*¹⁷¹ ». L'être humain ne perd donc pas son monopole dans la création des contenus. Il ne peut se dissimuler derrière une délégation d'ordre technologique. Il conserve la maîtrise de la création globale, en perdant la possibilité matérielle de vérifier toutes les suggestions émises. C'est vraisemblablement cette vérification qui posera problème, puisque, même si le directeur de publication est tenu d'un devoir de contrôle, celui-ci, sur Internet, n'est qu'illusoire. Aussi, cette connaissance effective est parfois démontrée. Il en va ainsi dans l'arrêt étudié, aux termes duquel « *qu'après la mise en demeure adressée par le conseil de la société demanderesse le 11 mars 2011, les défendeurs avaient la parfaite conscience que la fonctionnalité proposait, sur l'interrogation "kriss laure", la réponse "kriss laure secte", et que leur argumentation tenant à l'absence de connaissance personnelle de ces propos ne peut être accueillie* ». Si, dans son principe, l'engagement de la responsabilité du directeur de publication pourrait s'assimiler à un retour à la présomption irréfragable, on observe, au contraire, que les juridictions tendent à démontrer la connaissance effective du message litigieux. En effet, on imagine mal que la bonne foi de l'auteur du propos litigieux puisse être opposée, alors que le logiciel ne parle pas encore de lui-même. De manière générale, cette utilisation des lois du 29 juillet 1881 et du 29 juillet 1982 paraît insatisfaisante **(B)**.

B) Une utilisation de la loi du 29 juillet 1881 dévoyée

Le procès fait à l'encontre de l'utilisation des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, pour la fonctionnalité « Google suggest », ne connaît que peu de nuances. On peut, par exemple, lire qu' « *il ne s'agit pas de s'ériger en gardien d'un quelconque temple, mais il faut bien se rendre à l'évidence, la condamnation de la fonction « Google suggest » ne peut être réalisée qu'au prix d'un dévoiement de la loi du 29 juillet 1881. Ce dévoiement tient selon nous à une modification de la nature même de l'infraction qui se transforme en un véritable cas de responsabilité du fait de la chose, du fait de la machine, et constitue une dénaturation de la présomption de mauvaise foi qui devient totalement déconnectée du contexte factuel, ou qui revient à faire peser une présomption de mauvaise foi sur une machine...*¹⁷² ». Une chose est incontestable, la technologie rompt avec les concepts traditionnels de responsabilité. L'influence de l'Homme dans la publicité se tarit, à mesure que les procédés se compliquent. L'outil informatique ne doit pas être utilisé comme un moyen de parvenir à diffuser des

¹⁷¹ TGI de Paris 17^{ème} chambre/ jugement du 15 février 2012, *legalis.net*

¹⁷² Christophe Bigot, *Affaire Google suggest: les risques d'une dérive du droit de la presse sous l'empire des nouvelles technologies*, Chroniques et opinions, Légipresse n°281, mars 2011.

contenus diffamatoires, sans craindre d'éventuelles poursuites. Dans le cas contraire, la technologie serait instrumentalisée par certains, protégés par la neutralité technologique.

Cependant, dans le cadre de la fonctionnalité « Google suggest », une responsabilité automatique contreviendrait à la présomption d'innocence, en modifiant la conception de l'infraction. En effet, le sens des suggestions n'est donné que par la lecture qui en est faite, puisque, dans leur rédaction, elles s'affranchissent de toute intervention humaine. A ce titre, il est notamment dit que « *de la même façon que la succession ou la combinaison de termes dans l'index d'un ouvrage constitue un outil permettant au lecteur de consulter les passages qui l'intéressent, la présentation « à la volée » d'éléments de recherche par un moteur ne doit pouvoir être incriminée en tant que telle*¹⁷³ ». Il s'agit bien d'une suggestion de recherche et non d'une suggestion dans l'absolu, renvoyant à une idée précise.

A propos d'une décision¹⁷⁴ dans laquelle le nom d'une société était associé au mot « secte », le Professeur Agathe Lepage relevait que « *la restitution de ces termes par « Google Suggest » s'éloigne du schéma traditionnel de la publication de propos auxquels leur auteur a voulu donner un caractère injurieux, en sachant qu'ils seraient publiés*¹⁷⁵ ».

Le concours d'un système concepteur de requêtes ne doit pas masquer la main qui l'anime. Cependant, retenir la responsabilité du directeur de publication pour sa participation à la création du procédé nous semble quelque peu excessif. Ce dernier peut être soulagé de savoir que toutes les combinaisons ne constituent pas des injures¹⁷⁶ ou des diffamations. La société trouverait une tranquillité éternelle, dans la suppression d'une fonctionnalité dont la nature de l'utilisation a dépassé l'intérêt initial.

En définitive, bien que les décisions étudiées concernent la responsabilité civile du directeur de publication, on constate la difficile application des règles de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, mesuré à l'intelligence artificielle. Les problèmes d'application ne se limitent malencontreusement pas à la fonctionnalité particulière susmentionnée. Les forums de discussion ont également provoqué l'intervention du

¹⁷³ Cédric Manara, *Moteur de recherche : validité des « suggestions de recherche »*, Recueil Dalloz 2009 p.1961.

¹⁷⁴ TGI Paris 17^e chambre, 15 février 2012, Kriss Laure c/Google Inc. et Larry P. *Legalis.net*

¹⁷⁵ Agathe Lepage, *Fonctionnalité « Google suggest » : qualification d'injure retenue*, Communication Commerce électronique n°5, mai 2012, comm.57.

¹⁷⁶ TGI Paris, 17^e chambre, jugement du 31 octobre 2012 : « le mot secte associé à un particulier n'est pas une injure » *Legalis.net*

législateur, conscient de l'inadaptation des règles préexistantes. Ce faisant, ce dernier a ajouté un alinéa tant bien que mal conciliable avec les précédents (§2).

§2- Les forums de discussion ou le prix de l'adaptation

Dans les développements précédents, nous avons retracé l'évolution jurisprudentielle de la question des forums de discussion. Ces derniers soumettent le juge et le législateur à un cas de figure ardu à appréhender. En effet, ces espaces permettent, le plus souvent, la diffusion de messages, sans le sceau protecteur d'un contrôle préalable. Conscient de cette réalité, le législateur est intervenu, pour alléger la responsabilité du directeur de publication, en cas de fixation préalable. Cette adaptation normative aux considérations techniques a révélé son incapacité à anticiper les répercussions de son intervention (A). Les conditions d'engagement de la responsabilité du directeur de publication et du producteur marquent une scission avec celles des alinéas précédents. Le législateur a ainsi adapté le texte, au mépris de l'esprit animant l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 (B).

A) Un travail d'adaptation graduel aux forums de discussion

Le « bon sentiment » du législateur est souvent évoqué, à l'appui des critiques les plus vives. Nul n'est ici question de prétendre son intervention irréfléchie. Aussi, préférons-nous excuser les carences de cette dernière, par son inconvénient à saisir les subtilités du support. La doctrine n'a pas manqué de critiquer le dernier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, pour son manque d'intelligibilité. Le texte « *d'une grande médiocrité rédactionnelle*¹⁷⁷ », avait suscité de nombreuses interrogations. A la lumière des développements antérieurs, nous savons que « *le régime juridique d'engagement de responsabilité du directeur de publication est désormais unifié*¹⁷⁸ ». Cette unification s'accordait davantage à la réalité du « forum », rendant infructueuse la condition de la fixation préalable.

Dans le rapprochement de la responsabilité du directeur de publication à celle du fournisseur d'hébergement, le législateur a trouvé le moyen de justement atténuer la responsabilité du premier. L'existence d'une fixation préalable n'engageait que trop durement

¹⁷⁷ Emmanuel Dreyer, *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers*, Recueil Dalloz 2010 p.2206.

¹⁷⁸ Tribunal de grande instance de Paris, 17^e chambre, 9 octobre 2009 *legalis.net*

la responsabilité pénale du directeur de publication. Cependant, la « cascade » ne scarifiait pas ses prétentions répressives, pour autant. Le producteur continuait de voir engager sa responsabilité de plein droit, au grand dam d'une majeure partie de la doctrine. Les dispositions nouvelles évitaient au directeur de publication de voir sa responsabilité engagée, alors que le producteur était responsable suivant les dispositions inchangées. L'ambiguïté du texte nouveau ne lui profitait en rien. La Cour de cassation a définitivement révélé ce déséquilibre, par deux arrêts du 16 février 2010¹⁷⁹, en retenant la responsabilité du producteur. Ceux-ci ont définitivement mis en exergue la rédaction déficiente du nouvel alinéa. Le constat était donc sans appel : « *le dispositif issu de la loi du 29 juillet 1982 paraît des plus surprenants ; le législateur ne semble pas avoir eu conscience de l'incongruité de la solution consacrée. Le grand mérite des deux arrêts en question est de le souligner*¹⁸⁰ ».

La jurisprudence a donc révélé les failles du régime de responsabilité mis en place par le législateur, comme pour lui rappeler la difficulté de son exercice. La matière relève d'une trop grande technicité, pour pouvoir être pleinement prévisible. La jurisprudence s'adjudicait une fonction révélatrice des faiblesses du texte, dans les limites de son interprétation stricte. Les défaillances révélées ont fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, rendue le 16 septembre 2011¹⁸¹.

C'est une véritable protection, qu'instituait l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, au bénéfice du directeur de publication. *A contrario*, le producteur se retrouvait considéré comme un producteur de contenu, révélant « *l'incompréhension de la notion*¹⁸² ». Par ailleurs, nous retrouvons, devant le Conseil constitutionnel, le débat relatif à la présomption irréfutable de culpabilité. Or, dans la décision *Radio France* du 30 mars 2004, la Cour EDH avait admis la conformité de celle-ci, à la Convention. En l'espèce, la présomption de responsabilité était d'autant plus atteinte qu'elle survenait à cause d'une défaillance du directeur de publication, bénéficiant d'une responsabilité allégée, et de celle de l'auteur, généralement anonyme.

¹⁷⁹ Cf. développements antérieurs sur la responsabilité du producteur, arrêts n°09-81.064 et n°08-86.301.

¹⁸⁰ Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*

¹⁸¹ Décision n°2011-164 QPC du 16 septembre 2011.

¹⁸² Bernard Beigner, Bertrand de Lamy, Emmanuel Dreyer, *Traité de droit de la presse et des médias, Op. cit.*, §1121.

Le Conseil a donc émis une réserve d'interprétation, en exigeant la connaissance du message avant la mise en ligne. Cette réserve perturbe cependant l'équilibre général du texte, puisqu'elle modifie les conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité du producteur, pour les sites participatifs. A travers elles, apparaît une modification du fondement de sa responsabilité **(B)**.

B) Une adaptation sacrifiant la cohérence de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

La fixation préalable n'est pas une condition satisfaisante, pour aménager le régime de responsabilité, en matière de forums de discussion. Le directeur de publication, en cas de fixation préalable, se retrouve dans l'impossibilité d'exercer un contrôle intégral sur le contenu publié. En l'absence de fixation, le producteur voyait sa responsabilité pénale engagée, malgré son absence de maîtrise éditoriale. Pourtant, c'est bien autour de cette notion que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 trouve sa structure. Les arrêts du 16 février 2010 avaient eu le mérite de sauvegarder cette dernière, avec une regrettable artificialité. L'intervention du Conseil constitutionnel a définitivement consommé la rupture avec ce repère de la fixation préalable.

Désormais, la responsabilité pénale du producteur « *n'est engagée, à raison du contenu de ces messages, que s'il est établi qu'il en avait connaissance avant leur mise en ligne ou que, dans le cas contraire, il s'est abstenu d'agir promptement pour les retirer dès le moment où il en a eu connaissance*¹⁸³ ». Le producteur peut donc voir sa responsabilité engagée, en cas de fixation préalable. Cependant, le caractère effectif de la connaissance, mentionné dans le dernier alinéa de l'article 93-3 n'apparaît pas. Une partie de la doctrine en déduit donc que « *dans une telle hypothèse, le producteur peut être condamné sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il a eu connaissance « effective » du contenu litigieux. En ne reprenant pas cet adjectif à son compte, la Haute juridiction laisse entendre qu'il est possible de se montrer plus sévère à son égard qu'à l'égard d'un directeur de publication*¹⁸⁴ ».

En outre, on observe que directeur de publication et producteur sont tenus dans des conditions quasiment similaires. On sait pourtant que la mission du premier consiste à

¹⁸³ Cour de cassation, chambre criminelle, 31 janvier 2012, n°11-80.010 (arrêt cité dans les développements relatifs à la responsabilité du producteur).

¹⁸⁴ Emmanuel Dreyer, *Les nouvelles responsabilités sur Internet*, AJ pénal 2013 p.15.

contrôler le contenu publié. Si sa responsabilité trouve un légitime fondement lorsque le message a fait l'objet d'une fixation préalable, il en est autrement dans le cas contraire. En effet, « *le directeur de publication peut voir sa responsabilité engagée s'il est établi qu'il n'a pas agi promptement pour retirer ce message dès le moment où il en a eu connaissance*¹⁸⁵ ». Dans pareille hypothèse, l'absence de promptitude dans le retrait est davantage réprimée que la publication. La différence est d'autant plus flagrante avec les précédents alinéas, que ceux-ci permettaient de déduire, des fonctions du directeur de publication, l'élément moral. Ce dernier est désormais acquis par la connaissance de l'illicéité d'un message, moyennant l'intervention d'une tierce personne. Ladite personne, internaute consciencieux, prend le relai dans la mission de contrôle du contenu publié, dès lors que le message a fait l'objet d'une publication. La responsabilité pénale du directeur de publication marque ses distances, avec les alinéas précédents. Traité comme un « vulgaire » intermédiaire technique, sa responsabilité n'est plus qu'indirectement consécutive à la faute commise dans son devoir de contrôler le contenu publié. Il faut peut-être voir, dans cet engagement de responsabilité, la contrepartie de la faveur accordée par le législateur le 12 juin 2009. Cependant, si la responsabilité du directeur de publication peut encore s'expliquer par la nature de sa mission, il en est autrement pour le producteur.

Engagée dans les mêmes termes, la responsabilité pénale du producteur témoigne de la rupture initiée par le dernier alinéa de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. En effet, « *à partir du moment où- avec raison- on supprime ce mécanisme de garantie et on exige du producteur un comportement fautif, on modifie l'élément matériel de l'infraction*¹⁸⁶ ». Il devient donc laborieux de continuer à raisonner, à travers le prisme exclusif des infractions de presse. De proche en proche, le producteur s'est vu soumis à une obligation de surveillance plus favorable, éloignée des intentions premières du législateur.

Concernant les sites participatifs, le régime de responsabilité dévoile son incapacité à se contenter d'une présomption de l'élément moral. Il faut parvenir à la connaissance du message litigieux. Cependant, une telle preuve ne peut être obtenue que par la modification des éléments constitutifs de l'infraction. La version initiale du régime de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 se retrouvait inapte à apporter une réponse pénale équilibrée. Perdure toutefois la sensation que, par cette adaptation, le législateur a sacrifié la

¹⁸⁵ Cour de cassation chambre criminelle, arrêt du 30 octobre 2012, Patrick X... Ministère public.

¹⁸⁶ Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*

cohérence de l'article susmentionné. Ce sacrifice de la cohérence apparaît d'autant mieux que les sites participatifs présentent souvent la particularité d'attribuer plusieurs qualités à une même personne. Ce constat conforte l'inadaptation des « qualités » de la loi du 29 juillet 1982, à l'Internet (**chapitre 2**).

Chapitre 2 : Une harmonie négligée par une adaptation plurielle

Les circonstances de fait ne coïncident que rarement avec la norme. De l'impossible emboîtement, surgit la nécessité d'interpréter les dispositions applicables aux circonstances factuelles. L'enjeu de l'application de la loi pénale, liée à la liberté individuelle, commande une interprétation stricte de celle-ci. En droit civil, le « raisonnement par analogie » est nonobstant utilisé¹⁸⁷. La matière pénale appelle une exactitude du législateur, incompatible avec un tel raisonnement. En effet, on perçoit le danger inhérent à une extension obtus des règles, en méconnaissance des spécificités factuelles. L'élargissement du régime de responsabilité « en cascade » à l'Internet instaure une unité entre les supports. Sur un plan théorique, cette cohérence est assurément souhaitable. La norme ne peut toutefois pas rester trop étrangère à la substantialité des supports.

Plus que la norme, c'est bien l'effort d'adaptation du législateur que l'Internet a d'abord éprouvé. Il était aisé de deviner ce que la loi pénale ne serait pas, « *à savoir la transposition pure et simple de mécanismes inadaptés aux particularités de la communication en réseaux*¹⁸⁸ ». Refusé au juge pénal, le « raisonnement par analogie » a pourtant permis au législateur d'édifier les bases du régime de responsabilité applicable à Internet. Sans réelle surprise, l'extension de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 a confirmé les réticences doctrinales. Le régime de responsabilité se complet dans une cohérence théorique, au mépris des particularités techniques du support. Contrairement à la presse écrite, les personnes visées par la loi ne sont pas aussi facilement identifiables, sur Internet. De même, son caractère participatif incite à apposer un regard nouveau, entre bienveillance obligée et volonté répressive. Dès lors, la chaîne de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 s'enraye, au contact du singulier support (**section 1**). Cette première forme d'adaptation profite à la cohérence générale de la norme, sans faciliter son application.

¹⁸⁷ Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey Dalloz, 12^e édition, p.118.

¹⁸⁸ Jacques Francillon, *Médias et droit pénal*, Revue de science criminelle 2000 p.59.

De surcroît, la mise à disposition du contenu n'est opérée que grâce à l'intervention des « intermédiaires techniques ». Si la loi LCEN du 21 juin 2004 se refuse à les traiter avec incléance, elle ne renonce pas au principe d'engager leur responsabilité pénale. Alors même que ces derniers jouissent de dispositions adaptées, il n'en demeure pas moins que leur régime de responsabilité se concilie mal avec celui de la loi du 29 juillet 1982 (**section 2**). La raison provient vraisemblablement de l'antinomie des adaptations législatives, à l'origine de leur responsabilité pénale.

Section 1 : L'adaptation par extension

Le Conseil constitutionnel n'est pas réticent, à l'idée d'admettre des dérogations au principe d'égalité. Dans sa décision du 10 juin 2004¹⁸⁹, il avait considéré que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la finalité de la loi qui l'établit* ». Cette égalité peut cependant être recherchée par le législateur, afin d'instaurer un cadre rassurant. L'extension des règles de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 en est, selon nous, une illustration. Elle revient à nier les spécificités techniques, pour traiter l'Internet *in abstracto*. Le législateur était donc bien mal avisé de ne pas écouter la doctrine sceptique (§1). Aveu d'impuissance ou erreur commise de bonne foi, l'extension opérée a malheureusement donné raison aux critiques (§2).

§1- Une inadaptation augurée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

Nous le savons, une part des doutes doctrinaux concernait l'interprétation devant être faite des dispositions de l'article 43-10 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée. Le renvoi effectué à l'article 93-2 de la loi du 29 juillet 1982 par celui-ci, était, pour d'aucuns, le signe d'une volonté du législateur de soumettre l'Internet à la responsabilité « en cascade » de l'article 93-3. La loi LCEN du 21 juin 2004 a mis fin à cette période d'incertitude, en étendant le régime de responsabilité de l'article susmentionné, à la communication au public en ligne. Or, ces premiers doutes concernaient moins l'adaptation du régime concerné, que son application.

¹⁸⁹ Décision n°2004-496 du 10 juin 2004.

L'extension a finalement été consacrée par le législateur, à la stupéfaction d'une partie de la doctrine, de prime abord, désapprobatrice. En effet, il n'était que peu compréhensible d'élargir des règles, pour couvrir des réalités distinctes. L'extension peut être interprétée de deux manières. La première consiste à voir dans le comportement du législateur le rejet de la difficulté qu'appelle l'adaptation. En effet, une grande partie de la doctrine s'accordait pour contester l'inadéquation de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 à l'Internet. Pour le cas précédemment étudié des forums de discussion, le Forum des droits sur l'internet prévenait que « *le fait que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relatif à la responsabilité éditoriale risque de s'appliquer aux gestionnaires de forums de discussion conduit à un effet pervers : ceux qui exercent une modération a priori risquent de se voir imputer une responsabilité de type éditoriale, alors que ceux qui n'exercent aucun contrôle échapperaient à celle-ci. Ainsi, vouloir faire échapper les gestionnaires de forum de discussion au régime de responsabilité des hébergeurs les inciteraient à ne plus exercer de contrôle sur leurs contenus par une modération a priori*¹⁹⁰ ». L'expression de ce risque devait, à elle seule, pousser le législateur à revoir ses prétentions. L'absence de changement substantiel revient toujours à considérer Internet comme un simple « *sous-ensemble de la communication audiovisuelle*¹⁹¹ », puisque les règles de responsabilité demeurent identiques, malgré le passage à la « *communication par voie électronique*¹⁹² ». Puisque nous partons de l'hypothèse selon laquelle le législateur est attentif aux craintes émanant de la doctrine et des professionnels, il convient d'examiner la seconde interprétation de l'extension réalisée.

Le législateur a procédé à l'extension de la responsabilité « en cascade » de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, par substitution terminologique. Ce mode opératoire renferme une vision neutre de l'Internet, marquant la victoire de la norme, sur les spécificités techniques. Le pari était audacieux, puisque corrélatif aux règles d'imputation. En traitant pareillement les supports, le législateur raffermirait l'unité normative, en évitant que des règles différentes bousculent la cohérence d'ensemble. Un tel choix n'est pas sans rappeler la position de la Chambre criminelle sur la prescription en ligne¹⁹³. Dans les deux cas, les

¹⁹⁰ Le Forum des droits sur l'internet, *Recommandation projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rendue publique le 6 février 2003.

¹⁹¹ Jacques Francillon, *Application du régime de la communication audiovisuelle aux délits de presse commis sur Internet*, *Revue de science criminelle* 2004 p.129.

¹⁹² Article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 modifié par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004.

¹⁹³ Le point de départ du délai de prescription est la date de première publication, notamment : Cour de cassation chambre criminelle, 16 octobre 2001 n°00-85.728.

spécificités techniques de l'Internet sont tues. Le fondement de la prescription se délite sur Internet, eu égard notamment au dépérissement des preuves¹⁹⁴, inopérant sur la « toile ». L'esprit des règles de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne survit généralement pas à l'application faite par le juge. Le législateur s'est peut-être essayé à la prestidigitation, en espérant faire sortir de l'article 93-3 un régime adapté à Internet et provoquer la surprise générale. Le sujet ne se prête cependant pas à la plaisanterie et alors qu'*il aurait été beaucoup plus logique de prévoir une échelle de responsabilité propre à ce mode de diffusion des idées et des informations*¹⁹⁵ », il faut s'accommoder des règles existantes (§2).

§2- Une inadaptation confirmée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

La doctrine avait identifié les failles inhérentes à l'extension de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 : *« identification difficile des différents acteurs de la chaîne, incertitudes quant à l'intégration de l'éditeur non professionnel dans cette dernière, diversité des applications de l'internet se conciliant mal avec un régime uniforme de responsabilité, sont autant de considérations invitant à juger le système de responsabilité en cascade inadapté à l'internet*¹⁹⁶ ». Les difficultés d'identification occasionnées par le fonctionnement de l'Internet ne peuvent s'ajuster au mécanisme de la responsabilité « en cascade ». En outre, la chaîne voit l'utilité de la pluralité de ses maillons anéantie, par l'absence de directeur de publication « légitime » et l'anonymat protégeant l'auteur du message litigieux. Les poursuites se reportent fréquemment sur le producteur, qui a perdu tout lien avec le financement du service en cause.

Par l'extension de notions envisagées pour la communication audiovisuelle, le juge perturbe la restitution de la loi pénale. En effet, *« le devoir du magistrat étant d'en respecter les termes, et de les reproduire avec exactitude dans ses décisions*¹⁹⁷ », celui-ci n'est qu'imparfaitement secondé par le législateur. Bien sûr, la loi ne peut pas être exhaustive et énumérer tous les cas d'application potentiels. Cependant, on devine que l'extension traduit

¹⁹⁴ Pierre-Yves Gautier, *De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique*, Recueil Dalloz 2002 p.1852.

¹⁹⁵ Patrick Auvret, *Application de la loi de 1881 à la communication en ligne*, Jurisclasseur communication fascicule 4865.

¹⁹⁶ Agathe Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Editions du Juris-Classeur, 2002. P.296.

¹⁹⁷ Yves Mayaud, *Droit pénal général*, *Op. cit.*, p.124 §114.

un changement de destination de la norme. L'enjeu ne réside pas seulement dans son application mais dans sa capacité à intégrer une réalité pour laquelle elle n'était pas dédiée. Par cette altération de la destination initiale de la norme, le législateur trompe la légalité, en faisant de l'adaptation un pari plus hasardé que réfléchi.

En matière de communication audiovisuelle, l'interprétation téléologique a permis de considérer la rediffusion d'un message comme une fixation préalable. Si pour la Cour EDH, une telle application était « *raisonnablement prévisible* »¹⁹⁸, il n'en demeure pas moins que la légalité est poussée dans ses ultimes retranchements. Bien que nécessaire, cette distance prise ne reste que peu satisfaisante. La Cour de cassation s'approprie le droit de remodeler la norme pénale, en outrepassant son « mandat » d'interprétation stricte. Aussi, souvenons-nous que dans l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation¹⁹⁹, ayant donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011²⁰⁰, le demandeur au pourvoi prétendait que « *que cet article 93-3 est contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, faute pour le législateur d'avoir au moins précisé ce que recouvre la notion de producteur* ». Or, on comprend que la légalité désormais garantie n'est plus du ressort du législateur. En effet, seule l'interprétation de la Cour de cassation justifie la définition donnée de la notion de « producteur ». Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que « *telles qu'interprétées par la Cour de cassation dans ses arrêts du 16 février 2010 susvisés, que la personne qui a pris l'initiative de créer un service de communication au public en ligne en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance peut être poursuivie en sa qualité de producteur* ». Sur le plan de la légalité, on peut s'étonner de la disparition d'une référence au « devoir du magistrat ». Celle-ci aurait pu apparaître par la simple utilisation d'un participe présent : « *telles que devant être interprétées par la Cour de cassation* ». Cet affaiblissement de la norme, du fait de son interprétation, perd la cohérence que le législateur a voulu instaurer, en élargissant le champ d'application de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

L'application faite le 16 février 2010²⁰¹ par la Cour de cassation de la responsabilité « en cascade » dépassait certainement les prévisions du législateur. Si un responsable était trouvé, conformément à la définition donnée à la notion de producteur, la même personne physique était concernée par les poursuites, après l'avoir été en sa qualité de directeur de

¹⁹⁸ Cour EDH, arrêt du 30 mars 2004, *Affaire Radio France et autres c/ France*.

¹⁹⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 21 juin 2011, n°11-80.010.

²⁰⁰ Décision n°2011-164 QPC du 16 septembre 2011.

²⁰¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 février 2010, n°09-81.064 et n°08-86.301.

publication. L'application par analogie *in favorem*²⁰², retenue dans la décision de la 17^e chambre du TGI de Paris le 9 octobre 2009, aurait certainement évité l'intervention ultérieure du Conseil constitutionnel.

Le législateur est resté prisonnier de l'extension de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, sans pouvoir modifier ses dispositions, pour mieux les adapter à l'Internet. Par son intervention du 12 juin 2009, il a définitivement perdu le contrôle sur l'application faite dudit article. Conseil constitutionnel et Cour de cassation sont venus modifier la responsabilité du producteur, en engendrant une « *transformation des infractions de presse*²⁰³ ». A travers cette transformation, c'est donc l'« *adaptation-continuation*²⁰⁴ » qui trouve ses limites, lorsqu'« *une adaptation méthodique de la norme de droit à Internet*²⁰⁵ » n'est pas réalisée. Il existe cependant des acteurs pour lesquels le législateur ne peut se « contenter » d'une extension de règles existantes, c'est notamment le cas des « intermédiaires techniques ». Puisque ces personnes n'assurent qu'un relai technique dans la transmission de l'information, le régime de responsabilité « en cascade » ne doit pas leur être appliqué. Alors que leur régime de responsabilité s'articule autour d'une exonération de principe, l'articulation avec celui de la loi du 29 juillet 1982 ne se dessine pas clairement (§2).

Section2 - L'adaptation par appropriation

Il ne serait que difficilement envisageable de conclure la présente étude, en omettant d'aborder la question des intermédiaires techniques. En effet, « *avec l'internet, le principe de la cascade a été très discuté et le débat a porté tant sur son extension aux intermédiaires techniques, fournisseurs d'accès ou d'hébergement, que sur sa suppression pure et simple*²⁰⁶ ». Le régime de responsabilité instauré pour ces intermédiaires éclaire *a contrario*, sur le précédent. Moins que des commettants de l'infraction de presse, ces derniers facilitent techniquement la commission de ladite infraction. Cette facilitation, d'ordre technique, tranche avec une quelconque intervention éditoriale. Pour ces intermédiaires, l'affirmation d'une liberté de la communication au public par voie électronique prend l'entièreté de son

²⁰² Emmanuel Dreyer, *Droit de la presse et droits de la personnalité*, recueil Dalloz 2011 p.780.

²⁰³ Emmanuel Dreyer, *Les nouvelles responsabilités sur internet*, AJ pénal 2013 p.15.

²⁰⁴ Agathe Lepage, *Réflexions sur l'adaptation du droit pénal à Internet*, dans l'ouvrage *La communication numérique, un droit, des droits*, sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas 2012.

²⁰⁵ *Ibid.*,

²⁰⁶ Nathalie Mallet-Poujol, *La liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit interne*, Recueil Dalloz 2007 p.591.

sens, reportée au régime de responsabilité mis en place. On évoque ainsi un régime de responsabilité allégée²⁰⁷, pour qualifier le régime retenu par la loi du 21 juin 2004.

Le législateur s'est emparé de la responsabilité de ces « intermédiaires techniques », avec un effort particulier de précision. Si l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne permet pas de cerner intuitivement les personnes mentionnées dans l'échelle de responsabilité, la loi du 21 juin 2004 ne renoue pas avec une semblable imprécision. Cette adaptation, par appropriation de la réalité technique, procède d'une démarche plus approfondie du législateur national dans sa loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 et du législateur européen, dans sa directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, transposée par la loi du 21 juin 2004. Si les intermédiaires techniques peuvent se prévaloir d'une intervention neutre, résidant, par exemple, dans le stockage des informations, toute responsabilité pénale n'est pas écartée (§1). Toutefois, des difficultés surgissent, quant à l'articulation devant être faite entre leur responsabilité et celle de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 (§2).

§1- Responsabilité pénale amoindrie du fournisseur d'hébergement

Réduite à « peau de chagrin », la responsabilité pénale des intermédiaires techniques a confronté le législateur à des difficultés d'appréhension. Le Conseil constitutionnel, dans une décision portant sur la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986, avait notamment considéré « *qu'en l'espèce, au troisième alinéa du nouvel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, le législateur a subordonné la mise en œuvre de la responsabilité pénale des "hébergeurs", d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé "est illicite ou lui cause un préjudice", d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux "diligences appropriées" ; qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution*²⁰⁸ ». L'intermédiaire technique, qui est ici le fournisseur d'hébergement, devait voir sa responsabilité pénale établie dans un cadre précis, respectueux des exigences constitutionnelles. Ce cadre a été instauré par la loi de transposition du 21 juin 2004.

²⁰⁷ Jacques Larrieu, *Droit de l'Internet*, op.cit.,p.162.

²⁰⁸ Décision n°2000-433 du 21 juillet 2000 du Conseil constitutionnel.

Les dispositions actuelles, concernant la responsabilité de l'hébergeur, trouvent leur origine dans l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 dite « directive sur le commerce électronique ». Selon ledit article, l'activité d'hébergement ne peut faire naître une responsabilité à condition que « *le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente* » ou que « *dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible* ». Pour éviter la prolifération de contenus illicites, le législateur fait donc intervenir le fournisseur d'hébergement, dans une fonction de régulation. Il n'est pas tant responsable de l'information en elle-même, que du fait de ne pas avoir actionné son retrait. On retrouve la transposition de ces dispositions à l'article 6,I,3 de la loi du 21 juin 2004, aux termes duquel « *les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* ». Le renvoi réalisé à l'article 6,I,2 marque une différence sensible avec l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. En effet, il donne une définition précise de l'activité d'hébergement, contrairement à l'article 93-3, qui n'éclaire par exemple pas sur la notion de producteur. Aussi, ledit fournisseur d'hébergement est la personne physique ou morale qui assure « *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 toutes nature fournis par des destinataires de ces services* ». Le destinataire du service a donc théoriquement plus de chance de voir sa responsabilité pénale engagée, puisque son action ne se limite pas un apport quasiment logistique.

Citée à plusieurs reprises au cours de notre étude, la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004²⁰⁹ a également apporté une précision, quant à la nature du contenu illicite devant être retiré par l'hébergeur. Pour le Conseil, « *les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déferée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent ; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information*

²⁰⁹ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Conseil constitutionnel.

dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ». L'adjonction de l'adverbe « manifestement » renforce donc l'irresponsabilité du fournisseur d'hébergement. Ce dernier ne doit pas se substituer au juge et seul un contenu manifestement illicite peut engager sa responsabilité. Allant dans ce sens, le juge des référés de Paris²¹⁰ avait considéré qu' «une appréciation du caractère éventuellement diffamatoire des vidéos, photographies et écrits litigieux suppose une analyse des circonstances ayant présidé à leur diffusion, laquelle échappe par principe à celui qui n'est qu'un intermédiaire technique ». Cependant, l'existence de cette responsabilité personnelle rompt avec l'idée d'une neutralité absolue de ces acteurs. En effet, elle rejoint l'idée d'une restriction apportée à leur responsabilité, sans pour autant abandonner son principe. A la neutralité technique ne correspond pas un relâchement de la norme, et « tout en se référant à ce supposé principe de « neutralité » de l'Internet, les autorités, tant européennes que nationales, déterminent des situations dans lesquelles il est, notamment par des mesures de contrôle, de filtrage et de blocage, nécessairement fait appel à l'intervention des « intermédiaires » ou prestataires techniques. En cas d'inaction, leur responsabilité peut être engagée. Qu'elle soit perçue comme positive, par les uns, ou négative, par d'autres, une telle attitude n'est évidemment pas « neutre »...²¹¹ ». Nous le savons, cette responsabilité a inspiré le législateur, dans l'ajout de dispositions spécifiques aux forums de discussion. La déformation subséquente de la responsabilité du producteur a provoqué un éloignement de la conception habituellement retenue des infractions de presse²¹². Le régime de responsabilité allégée du fournisseur d'hébergement n'est pas compatible avec celui de l'article 93-3, puisqu'ils entretiennent des finalités différentes. La divergence de ces finalités explique que l'hébergeur ne trouve pas sa place dans l'échelle de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. L'absence de sanction rattachée à la responsabilité pénale prévue par l'article 6,I,3, conduit la doctrine à considérer le texte comme définissant, au mieux, « un mode particulier de participation à une infraction commise par d'autres²¹³ ». A travers ces indices, nous ne pouvons que déduire l'articulation potentielle entre les deux textes (§2).

²¹⁰ Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé jugement du 04 avril 2013.

²¹¹ Emmanuel Derieux, *Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet- Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?*, la semaine juridique édition générale n°13, 26 mars 2012, doctrine 386.

²¹² Emmanuel Dreyer, *Les nouvelles responsabilités sur internet*, AJ pénal 2013 p.15.

²¹³ Emmanuel Dreyer, *Responsabilités pénale et civile des médias*, Op. cit. p.401.

§2- Une articulation partiellement définie

L'intégration de l'hébergeur dans l'échelle de responsabilité de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 a rapidement été écartée. En 1999, il était déjà possible de lire, dans la réponse apportée par le ministère de l'économie à une question écrite qu'« *Il est indispensable de traiter les services Internet dans leur diversité, de ne pas bâtir un droit spécifique pour l'ensemble de ces services, et d'effectuer la distinction entre l'éditeur du service, qui doit être responsable de l'information mise à la disposition du public, et le prestataire technique, qui n'est pas en mesure de contrôler systématiquement l'information qu'il n'aura pas élaborée. Les simples intermédiaires techniques ne devront pas voir leur responsabilité engagée en cascade selon le principe applicable pour la presse, où peuvent être responsables successivement les directeurs de publication ou éditeurs, les auteurs, les imprimeurs, les vendeurs, distributeurs et afficheurs. La question de la responsabilité des intermédiaires techniques (opérateurs de simple transport, de cache et d'hébergement) devra prendre en compte l'évolution des négociations sur la proposition de directive européenne relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur²¹⁴ ».* Cette démarcation fonctionnelle entre l'éditeur de contenu et l'hébergeur est au cœur de la distinction des régimes de responsabilité. Alors qu'il y a tout lieu de penser que le directeur de publication, du fait de ses fonctions, a connaissance de l'information publiée, le fournisseur d'hébergement, au contraire, n'est pas censé contrôler ladite information.

La loi du 21 juin 2004 prévoit explicitement que le fournisseur d'hébergement n'est pas un producteur au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982²¹⁵. Aussi, puisque ce dernier ne peut pas intégrer l'échelle de responsabilité dudit article, peut-il être considéré comme complice de l'infraction de presse ?

L'hypothèse a déjà été évoquée, l'intervention des hébergeurs pourrait matériellement rentrer dans l'un des deux modes de complicité prévus par le code pénal. Cette complicité, par fourniture de moyens, rencontre cependant une difficulté. En effet, nous la savons obéir à un caractère intentionnel. Or, même si le contenu illicite est porté à sa connaissance postérieurement, cette connaissance ne pourra agir de manière rétroactive. Il est de jurisprudence constante que « *l'élément intentionnel de la complicité doit être apprécié au*

²¹⁴ Question écrite n°15409 de M. Jean Luc Mélenchon publiée dans le JO sénat du 08/04/1999- réponse du ministère de l'économie dans le JO sénat du 25/11/1999.

²¹⁵ Article 6, I, 6 de la loi du 21 juin 2004.

*moment où les faits ont été commis*²¹⁶ ». Cette complicité, postérieure à la consommation de l'infraction, reposerait sur « *l'acceptation de ses effets*²¹⁷ ». Toutefois, dans pareille hypothèse, par le choix fait d'une persistance dans la mise en ligne du message litigieux, le fournisseur d'hébergement sortirait *de facto* de sa neutralité technique. Ce n'est que par le truchement de sa qualité d'hébergeur que la personne physique ou morale serait atteinte, pour une décision assimilable à un choix éditorial. Une chose est néanmoins certaine, seules des conjectures peuvent nous permettre d'atteindre l'articulation entre l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et l'article 6, I, 3 de la loi du 21 juin 2004. Le cas hypothétique de complicité du second article demeure moins intelligible sur le plan du droit pénal, que certaines complicités, dont celle auparavant évoquée de la personne interviewée. Ainsi, devons-nous attendre une intervention du juge pénal, pour éclairer ces questionnements.

Plus généralement, la confrontation des deux textes permet la rencontre entre deux adaptations à la réalité technique. En outre, l'adaptation par extension impose au législateur d'exclure explicitement certains intermédiaires techniques de la notion de producteur, comme un aveu implicite de son imprécision. Le manque de limpidité dans l'articulation des deux textes semble démontrer la persistance d'un trouble du législateur, à parfaitement assimiler les spécificités de l'Internet, pour pouvoir les intégrer dans un ensemble cohérent.

²¹⁶ Notamment : Cour de cassation Chambre criminelle 15 novembre 1990 n°89-85.479.

²¹⁷ Emmanuel Dreyer, *Op. cit.*, p.401.

Conclusion

Nous aurions pu intituler le présent travail « Internet et les illusions perdues du législateur ». Bien qu'animée par de louables intentions, l'extension de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 n'a pas amené la réussite escomptée. Programmé par la doctrine, l'échec de son adaptation trahit une méconnaissance des spécificités techniques de l'Internet. Si nous ne voulons mésestimer le législateur, il appert que son effort de neutralisation s'est avéré vain. Rendue incontournable pour offrir à l'Internet un régime de responsabilité « en cascade », qui ne soit pas celui de la communication audiovisuelle, l'intervention du juge fait vaciller l'interprétation stricte à laquelle le susnommé est pourtant tenu. Cependant, pouvons-nous lui en tenir rigueur, alors que son outil, la loi, est perfectible ?

La neutralisation recherchée s'est retournée contre le législateur, en précipitant parfois la divergence entre la norme et son application. Concernant le producteur d'un forum de discussion, le concours combiné du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation a frappé d'obsolescence l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Certains esprits critiques verront, dans celle-ci, une obsolescence prévisible. L'article garde son ambition initiale, sans tromper l'inadaptation révélée par la pratique. Un parallèle nous vient avec l'allongement du délai de prescription de certaines infractions, par la loi Perben II du 9 mars 2004, que nous interprétons comme la reconnaissance implicite d'une continuité d'action sur Internet. Dans les deux cas, l'intention première du législateur est dépassée, pour répondre à des exigences d'application.

Internet, c'est également l'illusion perdue de la neutralité technique. La fonctionnalité « Google suggest » et les intermédiaires techniques montrent que responsabilités civile et pénale ne sont jamais très éloignées. D'une certaine façon, la persistance de l'intention rassure, quant à l'absence d'autonomie de la technologie en cause. Là où il y a place à l'intervention humaine, il y a place à l'intention. Empruntant les règles de la loi de la presse, l'action civile est souvent privilégiée, rendant inexploitée la responsabilité pénale. La réparation est davantage ambitionnée que la répression. Les difficultés d'application rencontrées viennent enrichir le débat corrélatif à la dépénalisation. La reconnaissance d'un désordre social est pourtant plus que jamais d'actualité, à l'heure où seule l'implication de la société peut encore contrecarrer la nocive utilisation de l'Internet.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- Jean-Luc **Aubert** et Eric **Savaux**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Editions Dalloz, 12^e édition (2008).
- Bernard **Bouloc**, *Droit pénal général*, Editions Dalloz, 22^e édition (2011), dans la collection des « Précis ».
- Michèle-Laure **Rassat**, *Droit pénal général*, Editions Ellipses, 2^e édition (2006), dans la collection « Cours magistral ».
- Yves **Mayaud**, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de France, 3^e édition mise à jour (2010, octobre), dans la collection « Droit fondamental ».
- Michèl **Véron**, *Droit pénal spécial*, Editions Dalloz Sirey (2010).

Ouvrages spécialisés

- Bernard **Beignier**, Bertrand **de Lamy** et Emmanuel **Dreyer**, *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis Litec paru en décembre 2009.
- Diane **de Bellescize** et Laurence **Franceshini**, *Droit de la communication*, Presses Universitaires de France, 2^e édition mise à jour d'octobre 2011, collection « Thémis droit ».
- Céline **Castets-Renard**, *Droit de l'Internet*, LMD Montchrestien Lextenso éditions, édition de 2010, collection « cours LMD » dirigée par Bernard Beignier.
- Céline **Castets-Renard**, *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien Lextenso éditions, 2^e édition (2012), collection « cours LMD » dirigée par Bernard Beignier.
- Emmanuel **Derieux** avec le concours d'Agnès **Granchet**, *Droit des médias Droit français, européen et international*, Lextenso éditions LGDJ, 6^e édition de 2010, collection des manuels.
- Emmanuel **Derieux**, *Dictionnaire du droit des médias*, Victoires Editions (17 juin 2004), collection « les guides Légipresse ».
- Emmanuel **Dreyer**, *Responsabilité civile et pénale des médias*, LexisNexis, 3^e édition de 2010, collection « Droit et Professionnels : responsabilités et assurances ».

- Jacques **Larrieu**, *Droit de l'Internet*, ellipses, 2^e édition, collection « mise au point », 2010
- Agathe **Lepage**, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec Editions du Juris-Classeur, 2002.

Articles et commentaires doctrinaux

- Patrick **Auvret**, *Le droit de réponse en ligne : jeu de miroirs*, Gazette du Palais, 05 décembre 2006 n°339, p.2.
- Patrick **Auvret**, *La détermination des personnes responsables (réflexions sur l'application de la responsabilité en cascade à Internet)*, Gazette du Palais, 14 mai 2002 n°134, p.17.
- Patrick **Auvret**, *Application de la loi de 1881 à la communication en ligne. Responsables des délits de presse*, JurisClasseur Communication. Fascicule 4865.
- Patrick **Auvret**, *Détermination des personnes pénalement responsables*, Jurisclasseur communication. Fascicule 3050.
- Diane **de Bellescize**, *Question en cours : présomption de culpabilité des créateurs de sites internet en tant que producteurs*, Constitutions 2011 p.398.
- Anne **Bertrand**, *L'effectivité de la protection de la liberté de la presse*, Petites affiches, 15 juillet 1999 n°140, p.14.
- Christophe **Bigot**, *Affaires Google suggest : les risques d'une dérive du droit de la presse sous l'empire des nouvelles technologies*, Légipresse n°281- mars 2011.
- Christophe **Bigot**, avocat au barreau de Paris, *L'exercice d'un droit de réponse et internet*, Gazette du Palais, 14 mai 2002 n°134 p.6.
- Bernard **Bouloc**, *La compatibilité des présomptions légales avec la présomption d'innocence*, Revue de science criminelle 1993 p.88.
- Emmanuel **Derieux**, *Prescription de l'article 65 du 29 juillet 1881 (champ et difficultés d'application)*, Petites affiches, 08 janvier 2002 n°6, p.14.
- Emmanuel **Derieux**, *Retour sur les modalités du droit de réponse*, Petites affiches, 18 novembre 2008, n°231, p.3.
- Emmanuel **Derieux**, *Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet-Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?*, La semaine juridique édition générale n°13, 26 mars 2012, doctrine 386.

- Emmanuel **Dreyer**, *Complicité de l'auteur de propos rendus accessibles sur Internet*, Recueil Dalloz, 2003 p.2192.
- Emmanuel **Dreyer**, *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers*, Recueil Dalloz 2010 p.2206.
- Emmanuel **Dreyer**, *Droit de la presse et droits de la personnalité, janvier 2010-décembre 2010*, Recueil Dalloz 2011 p.780.
- Emmanuel **Dreyer**, *Les nouvelles responsabilités sur internet*, AJ pénal 2013 p.15.
- Jacques **Francillon**, *Médias et droit pénal Bilan et perspectives*, Revue de science criminelle 2000 p.59.
- Jacques **Francillon**, *Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle*, Revue de science criminelle 1999 p.607.
- Jacques **Francillon**, *Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)*, Revue de science criminelle 2011 p.635.
- Jacques **Francillon**, *Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)... suite et fin*, Revue de science criminelle 2011 p.647.
- Jacques **Francillon**, *Diffusion de messages diffamatoires répétitifs sur les ondes d'une station de radio. Responsabilité pénale du directeur de publication*, Revue de science criminelle 2012 p.173.
- Jacques **Francillon**, *Application du régime de la communication audiovisuelle aux délits de presse commis sur Internet*, Revue de science criminelle 2004 p.129.
- Pierre-Yves **Gautier**, *De la prescription des infractions commises sur l'internet... et dans le monde physique*, Recueil Dalloz 2002 p.1852.
- Bertrand **de Lamy**, *L'avancée de la conception matérielle de la légalité criminelle*, Recueil Dalloz 2004 p.2756.
- Agathe **Lepage**, *L'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881*, Communication commerce électronique n°3, mars 2013 com.30.
- Agathe **Lepage**, *Précisions diverses sur les droits de réponse de la presse écrite et d'Internet*, Communication Commerce électronique n°5, mai 2008, comm. 72.
- Agathe **Lepage**, *LCEN Libertés sur Internet. Cybercriminalité*, CCE n°9, septembre 2004, étude 24.

- Agathe **Lepage**, *A la recherche d'un responsable pénal sur l'Internet*, Communication commerce électronique n°11, Novembre 2005, commentaire 177.
- Agathe **Lepage**, *Question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982*, Communication commerce électronique n°9, septembre 2011, comm.80.
- Agathe **Lepage**, *Conformité avec réserve de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982*, Communication commerce électronique n°11, novembre 2011, commentaire 106.
- Agathe **Lepage**, *Responsabilité pénale du producteur en cas de commission d'une infraction de presse sur Internet*, Communication commerce électronique n°3, mars 2013, comm.31.
- Nathalie **Mallet-Poujol**, *La liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit interne*, Recueil Dalloz 2007 p.591.
- Thierry **Massis**, avocat à la Cour, *Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?*, Gazette du Palais, 04 septembre 2008 n°248, p.2.
- Yves **Mayaud**, *De l'accessibilité aux mineurs des messages violents ou à caractère pornographique*, Revue de science criminelle 2000, p.611.
- Denis **Mazeaud**, *L'accès libre au droit grâce à Internet : une nouvelle garantie de démocratie dans un nouvel espace de luttes d'influences*, Petites affiches, 29 septembre 2005 n°194, p.23.

Colloques

- Actes du colloque Presse-Liberté du 30 mai 2000, *La loi de 1881, loi du XXIe siècle ?*, Presses Universitaires de France.
- Sous la direction de Bernard **Teyssié**, *La communication numérique, un droit, des droits*, Editions Panthéon-Assas (2012) comprenant les « *Réflexions sur l'adaptation du droit pénal à Internet* » du Professeur Agathe **Lepage**.

Thèses

- Natahlie **Droin**, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881- Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, Fondation Varenne (2011), dans la collection des thèses.

Jurisprudence

Première instance

- TGI Paris, 11 septembre 1996 : Légipresse 1997, n°139-III, note Derieux.
- TI de Puteaux, jugement du 28 septembre 1999, Axa Conseil lard et Axa Conseil vie/ Monsieur Christophe M., Monsieur Christophe S. Président du conseil d'administration de la société Infonie. *Legalis.net*.
- TGI de Paris 17^e chambre, formation civile, jugement du 10 janvier 2000. *Legalis.net*.
- TGI Paris, 17^e chambre, 1^{er} décembre 2000 : Légipresse 2001, n°179,I, p.26.
- TGI de Paris, 26 février 2002, Légipresse, n°192, I, p°73.
- TGI de Paris, ordonnance de référé du 5 juin 2002. *Legalis.net*.
- TGI Paris, 17^e chambre, 24 novembre 2005, Ligue des droits de l'homme c/Gérard S..., *Legalis.net*
- TGI de Paris, 17^e chambre, 9 octobre 2009, Min. public c/ Carl Z., Jurisdata n°2009-013662. Commentaire Agathe Lepage, CCE n°1, janvier 2010, comm.6.
- TGI de Paris, 17^e chambre, 18 mai 2011, Lyonnaise de Garantie c/ Google France, Google inc., Eric S, *legalis.net*.
- TGI de Paris, 17^e chambre, 15 février 2012, Kriss Laure c/Google inc. et Larry P. ; commentaire Agathe Lepage, *Fonctionnalité « Google suggest » : qualification d'injure retenue*, CCE n°5, mai 2012 comm. 57.
- TGI de Paris ordonnance de référé jugement du 04 avril 2013 *Legalis.net*

Second degré de juridiction

- CA Paris, 11^e chambre correctionnelle, 15 décembre 1999 : JCP G 2000, II, 10281note P.Schmidt et V.China.
- Paris, chambre d'accusation, 23 juin 2000, ministère public c/Badin et Renaud de la Baume, Légipresse 2000, n°176, III, p.182, note Rojinsky.
- Paris, 11^e chambre B, 10 mars 2005, S.M. C/Ministère public et association LICRA, CCE 2005, Comm. n°177, note Lepage.

- CA de Paris, Pôle 2, chambre 7, arrêt du 14 décembre 2011, Eric S. Google/Lyonnaise de garantie. *Legalis.net*

Cour de cassation

- Crim., 23 décembre 1968, n°67-90.626. *Bull. crim.* n°357.
- Crim. 8 octobre 1979, n°77-92.297. *Bull. crim.* n°272 p.735.
- Crim. 17 décembre 1991, n°90-83.534, *Bull. crim.* 1991 n°481 p.1231.
- Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 1992, n°90-80.684 *Bull. Crim.* 1992 n°303 p.819.
- Crim. 8 juin 1999, n°98-84.175, *Bull. crim.* 1998 n°128 p.353.
- Cass. crim., 8 décembre 1998 : *Bull. crim.* 1998, n°335 ; *Rec. Sc. Crim.* 1999, p.607, obs. Francillon.
- Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 23 février 2000, 99-83.928, Publié au bulletin.
- Crim. 12 juillet 2000, assemblée plénière, n°98-11.155 Bulletin 2000. n°8 p.13.
- Crim., 16 octobre 2001, n°00-85.728, *Bull. crim.* 2001 n°211 p.676.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 mai 2003, n°02-80.284, *Bull. crim.* n°94.
- Crim., 10 mai 2005, n°04-84.705, *Jean Marie X...*, *Bull. crim.* n°144.
- Crim., 6 décembre 2011, n°10-87.556.
- Cour de cassation chambre criminelle arrêt du 06 janvier 2009, Jean Louis C. / ministère public, *Legalis.net*.
- Cass. crim., 16 février 2010, n°09-81.064, *Bull. crim.* 2010, n°31.
- Crim., 16 février 2010, n°09-81.064, *Bull. crim.* 2010, n°31.
- Crim., 16 février 2010, n°08-86-301, *Bull. crim.* 2010, n°30.
- Crim., 21 juin 2011, n°11-80.010, *Bull. crim.* 2011, n°148.
- Crim. 5 octobre 2011, n°10-87.043. Dalloz 2012 p.765 note Emmanuel Dreyer.
- Crim., 31 janvier 2012, n°11-80.010, Publié au Bulletin.
- Crim., 30 octobre 2012, n°10-88.825 Publié au Bulletin
- Crim., 30 octobre 2012, n°11-88.562.

Conseil constitutionnel

- Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 avec observations du gouvernement.
- Décision n°2011-164 QPC du 16 septembre 2011.

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 28 mai 1992, arrêt Brandstetter c. Autriche.
- CEDH, 30 mars 2004, Affaire radio France et autres contre France,

Lois et décrets

Lois

- Loi du 29 juillet 1881 *Sur la liberté de la presse* (DP 1881. 4. 65).
- Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 *Sur la communication audiovisuelle*.
- Loi n°85-1317 du 13 décembre 1985, *modifiant la loi n°82-652 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle*.
- Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et sa loi de modification n°2000-719 du 1^{er} aout 2000.
- Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 *Pour la confiance dans l'économie numérique*.
- Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.
- Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* (Loi Léotard).
- Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.

Décrets

- Décret 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.

Textes préparatoires

- Rapport de Monsieur Jean Dionis du Séjour, n°612, déposé le 12 février 2003.
- Assemblée nationale- compte rendu intégral de séance sur loi Hadopi- Deuxième séance du jeudi 02 avril 2009.

Autres

- Forum des droits sur l'internet, « *Les responsabilités liées à l'activité des forums de discussion* », 18 juillet 2002.
- Forum des droits sur l'internet, *Recommandation projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rendue publique le 06 février 2003.
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation 2004(16)

Sites Internet

- Assemblée nationale : www.assemblée-nationale.fr
- Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr
- Cour de cassation : www.courdecassation.fr
- Dalloz : www.dalloz.fr
- Legalis : www.legalis.net
- Legifrance : www.legifrance.gouv.fr
- LexisNexis JurisClasseur www.lexisnexis.com/fr/droit
- Lextenso : www.lextenso.com

Tables des matières

Remerciements	4
Table des abréviations	5
Sommaire	6
Introduction	7
Partie première : Une neutralisation de l’Internet, par l’élargissement de règles de responsabilité existantes	15
Chapitre I : L’adoption d’une responsabilité « en cascade » inspirée de la loi du 29 juillet 1881	16
Section 1 : La liaison entre la loi sur la liberté de la presse et l’Internet	17
§1- Droit de réponse appliqué à l’Internet	18
A) Le droit de réponse originel	18
B) Le droit de réponse élaboré pour l’Internet	20
§2- Internet et la prescription diminuée de l’article 65 de la loi du 29 juillet 1881	23
A) Un point de départ traditionnel trompé par les caractéristiques techniques ...	24
B) Une reconnaissance de l’instantanéité niant les caractéristiques techniques .	25
Section 2 : L’article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, foyer d’une responsabilité en cascade élargie à l’Internet	30
§1- Cheminement de l’Internet vers la « responsabilité en cascade »	30
A) Origines de la responsabilité « en cascade »	31
B) Internet et l’extension de l’article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982	32
§2- Régime de responsabilité prévu par la loi du 21 juin 2004	35
A) L’article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et la communication au public en ligne	36
B) Traitement des « espaces de contributions personnelles » par la loi du 12 juin 2009	39
Chapitre 2 : L’application de la responsabilité « en cascade » effectuée par le juge	45
Section 1 : La réalisation judiciaire de la « cascade » de l’article 93-3 de la loi de 1982	47
§1- Les auteurs principaux de la responsabilité « en cascade »	47
A) Responsabilité de plein droit du directeur de publication	48
B) Les responsables pour cause de défaillance du rang antérieur	52
§2- L’article 93-3, carrefour entre complicité spéciale et de droit commun	55
A) Complicité mécanique de l’auteur	55
B) Les complices de droit commun	57

Section 2 : Espaces de contributions personnelles et responsabilité du producteur.....	58
§1- La responsabilité du producteur avant la décision du Conseil constitutionnel n°2011-164 du 16 septembre 2011.....	59
A) Une responsabilité automatique du producteur sans fixation préalable	60
B) Un engagement de la responsabilité du producteur consolidé	61
§2- Responsabilité du producteur postérieure à la décision du Conseil constitutionnel n°2011-164.....	63
A) L'inconstitutionnalité invoquée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982	64
B) La constitutionnalité préservée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 .	65
Seconde partie : Une neutralisation de l'Internet mise à l'épreuve.....	68
Chapitre 1 : Un rapport traditionnel avec la responsabilité pénale troublé.....	71
Section 1 : Sur l'existence d'une présomption irréfragable de responsabilité	72
§1- Une matérialité de l'infraction à l'origine de la présomption de culpabilité	72
A) Nature de l'élément matériel de l'infraction de presse	72
B) Directeur de publication et matérialité de l'infraction	74
§2- Une présomption de culpabilité soumise à l'appréciation de la Cour EDH	76
A) Une présomption d'innocence prétendument contrevenue	77
B) Une présomption de responsabilité conforme à la Convention EDH	79
Section 2 : Une prise en compte des spécificités de l'Internet corrompant l'esprit de la loi du 29 juillet 1881.....	81
§1- « Google suggest » ou la responsabilité engagée pour suggérer.....	81
A) « Google suggest » et la place de l'intention	82
B) Une utilisation de la loi du 29 juillet 1881 dévoyée.....	83
§2- Les forums de discussion ou le prix de l'adaptation.....	85
A) Un travail d'adaptation graduel aux forums de discussion	85
B) Une adaptation sacrifiant la cohérence de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.....	87
Chapitre 2 : Une harmonie négligée par une adaptation plurielle.....	89
Section 1 : L'adaptation par extension	90
§1- Une inadaptation augurée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.....	90
§2- Une inadaptation confirmée de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982	92
Section2 - L'adaptation par appropriation.....	94
§1- Responsabilité pénale amoindrie du fournisseur d'hébergement	95
§2- Une articulation partiellement définie	98

Conclusion.....	100
Bibliographie.....	101
Tables des matières	109