



La Revue

Droit pénal et Procédure pénale

Étude : Droit pénal et presse, la perpétuelle recherche d'un équilibre

Léa DOS SANTOS, Adélie JEANSON SOUCHON, Valentine PIC, Marie POUPIOT, Mathilde SAUER, Juliette SUSSOT

INTRODUCTION – (p. 1)

PARTIE 1 - Le droit traditionnel (p. 4)

I - La liberté d'expression (p. 4)

II - Le droit de la presse (p. 8)

PARTIE 2 - L'adaptation aux nouveaux enjeux (p. 20)

III - Le renouveau du contentieux de presse lié aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (p. 20)

IV - L'adaptation du droit positif à l'ère numérique (p. 27)

INTRODUCTION

« *Un journal, c'est la conscience d'une Nation.* » Les mots d'Albert Camus sont forts et consacrent explicitement la puissance de la presse, et surtout, l'importance de la liberté d'expression, valeur fondamentale et indispensable de la démocratie.

Le droit de la presse trouve à s'exercer en matière civile, administrative et pénale. Ce dernier aspect fera l'objet de notre étude. À ce titre, le législateur français s'est borné à encadrer la liberté d'expression, à la recherche perpétuelle d'un équilibre entre garanties de la liberté d'expression et ses limites. C'est ainsi que la loi du 29 juillet 1881 a vu le jour, dont le premier article énonce fièrement que « *L'imprimerie et la librairie sont libres.* »

Ainsi, le droit pénal de la presse marque la limite de la liberté d'expression, il en détermine les abus et les sanctionne. En effet, le droit de la presse concerne tous les types de publications, qu'il s'agisse de messages, écrits ou oraux, voire numériques etc. Un spectacle humoristique comme un tweet peuvent tomber sous le coup de la loi de 1881, et par conséquent d'une censure de la liberté d'expression.

Initialement, la liberté d'expression est consacrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, en son article 11 « *La libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'Homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* ». En France, la liberté d'expression, bien que fondamentale, n'est pas absolue. Elle est encadrée par la loi. C'est cette vision de Sieyès et de La Rochefoucauld (Révolutionnaires) qui emporta les débats lors de la rédaction de la DDHC¹. Ainsi, la loi de 1881 vient non seulement réaffirmer le principe de liberté d'expression mais vient aussi poser ses limites, les sanctions de cet abus de droit. C'est toujours cette recherche d'équilibre entre la protection d'une liberté et de l'ordre public. L'abus d'une liberté ou d'un droit peut être une menace. Avec le développement des moyens de communication modernes, l'avènement d'internet et des réseaux sociaux, il faut faire face à une révolution du droit de la presse ; c'est l'ère du numérique.

Par ailleurs, des textes ont modifié la loi de 1881, notamment, la loi Pleven² qui punit la discrimination, l'injure ou la diffamation à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenant ou non à une ethnie, nation, race ou religion. La loi Gayssot du 13 juillet 1990 a également consacré la négation des crimes

¹ N. GUEDJ, "La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : un texte qui garantit et encadre la liberté d'expression", 28 avril 2021

² LOI n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme dite Pleven I

contre l'humanité opérés par le régime nazi. En droit européen, la Convention européenne des droits de l'homme (Conv.EDH.) consacre explicitement la liberté d'expression puisqu'il s'agit du titre de son article 10. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a statué sur de célèbres affaires françaises concernant la liberté d'expression, parmi elles, l'on peut citer l'affaire Éon contre France de 2013³. À ce titre, il faut aussi évoquer des affaires relatives à l'abus de ce droit, notamment avec l'affaire dite Dieudonné de 2015. (CEDH, 20 octobre 2015, M'bala M'bala contre France)

Par son caractère fondamental et de premier rang, la liberté d'expression fait l'objet d'un régime dérogatoire et spécial. En effet, il s'agit d'un régime autonome qui contrevient à certaines règles du droit pénal général : la responsabilité personnelle, les délais de prescription, le caractère limitatif des faits justificatifs, la qualification intangible, le formalisme rigoureux... Le contentieux étant tentaculaire, les acteurs répressifs du droit de la presse sont divers et variés. Ainsi, l'administration dispose d'un pouvoir de censure et de sanction.

En premier lieu, il faut citer l'Autorité publique française de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), anciennement Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui est une autorité administrative indépendante qui peut sanctionner et réguler le domaine de l'audiovisuel. Tel est le contentieux auquel est confrontée la chaîne C8, avec l'émission « Touche pas à mon poste ! » De même, le ministre de la Culture dispose d'un pouvoir de délivrance d'un visa d'exploitation concernant les œuvres cinématographiques. Il est ainsi détenteur d'une forme de contrôle. Les agents publics tels que les maires ou préfets peuvent interdire la diffusion de certaines œuvres ou de spectacles (Spectacle de Dieudonné en 2014, interdit par Manuel Valls). Pour finir, la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) de 2004 énumère trois infractions⁴ pour lesquelles une autorité administrative compétente peut demander le retrait d'un certain contenu rapide (moins de 24h) aux hébergeurs. En effet, ces infractions ont été évincées de la loi de 1881 pour leur éviter tout avantage procédural. En la matière, le juge civil trouve aussi compétence, notamment grâce aux articles 9 et 9-1 du Code civil. Le champ de l'article 1240 du Code civil exclut le droit de la presse.

Le contentieux est aussi régulé par les personnes privées, les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft). La justice traditionnelle étant dépassée par ce contentieux, elle s'en remet aussi aux acteurs privés. Afin d'éviter un risque de sur-censure de la loi AVIA du 24 juin 2020, cette dernière fut censurée par le Conseil constitutionnel. En revanche, elle permettra la création d'un parquet spécialisé ainsi qu'un observatoire de la haine en ligne rattaché à l'ARCOM. Par la suite, la loi séparatisme du 24 août 2021 vient consacrer une

³ CEDH, 14 mars 2013, Eon c. France, req. 26118/10

⁴ Apologie ou provocation de terrorisme, ainsi que la pédopornographie.

obligation de transparence sur les modalités de modération de contenu, gérées par les acteurs privés, que l'ARCOM contrôle.

Il n'existe pas de Code de la presse, ni d'ordre de la presse et du journalisme qui pourraient encadrer et sanctionner ce droit. Il existe le Conseil déontologique journalistique et de médiation fondé en 2019 qui ne fait que rendre des avis (qui a notamment statué sur l'affaire Danièle Obono, l'opposant au journal Valeurs actuelles). De même, la charte mondiale d'éthique des journalistes ne dispose d'aucune valeur contraignante puisqu'aucune instance n'existe pour la faire respecter. La liberté d'expression étant une liberté publique de premier rang, toutes ces prérogatives, exceptions, acteurs sont essentiels à sa garantie.

Aujourd'hui, l'enjeu tient à l'avènement exponentiel des nouvelles technologies et des nouveaux moyens de communication. En effet, selon l'INSEE, les réseaux sociaux sont les premiers moyens d'information et de communication⁵. Ainsi, chaque profil existant sur tous les réseaux sociaux confondus est astreint à la loi du 29 juillet 1881 dès lors qu'il rend public une image, un texte, une vidéo... On compte 3,8 milliards d'actifs sur les réseaux sociaux, autrement dit, 47% de la population « est en ligne »⁶. Ainsi, la sauvegarde de la liberté d'expression est mise à mal dans cette immensité incontrôlable, elle est abusée et détournée au profit d'un quadriptyque traditionnel de diffamation, injure, provocation/apologie. Ces infractions composent à elles seules la quasi-totalité du droit pénal de la presse.

Ainsi, comment le droit pénal de la presse concilie-t-il la liberté d'expression avec la protection de l'ordre public au regard des intérêts privés, tels que la dignité ou la présomption d'innocence ?

En premier lieu, il conviendra d'envisager la liberté d'expression, comme fondement du droit de la presse (I) pour aboutir à un régime autonome régi par la loi de 1881 (II). En second lieu, il convient de déceler les enjeux auxquels la loi de 1881 peut faire face aujourd'hui (III), pour enfin envisager l'adaptation du droit positif à ces nouveaux enjeux colossaux. (IV).

Valentine PIC

⁵ N. PRADINES, H. GRENUIT, "Médias sociaux, sites web, places de marché : des vitrines pour les sociétés", INSEE, 2017

⁶ Orix Média, Réseaux sociaux : les statistiques 2020

PARTIE 1 – Le droit traditionnel

Dans une première partie, il convient d'aborder le droit traditionnel de la presse, en lien avec le droit pénal. Il s'agit de s'intéresser aux règles historiques relatives à cette discipline, en commençant par évoquer la liberté au cœur des enjeux relatifs à la presse : la liberté d'expression (I), avant de s'intéresser au droit pénal de la presse, tel qu'on le connaît et qu'il est enseigné traditionnellement (II).

I - La liberté d'expression

La liberté d'expression et de communication englobe plusieurs termes comme la liberté de la presse ou encore la liberté de communication audiovisuelle, numérique et électronique.

Aussi, convient-il d'envisager dans un premier temps sa nécessaire protection (A) et dans un second temps la responsabilisation de cette liberté (B).

A - Les enjeux de la protection de la liberté d'expression

La liberté d'expression se matérialise par la manifestation d'une opinion en l'extériorisant. Il s'agit de l'expression libre de la pensée par n'importe quel moyen. Une liberté individuelle implique que chacun puisse de manière active choisir les termes qui lui semblent le plus appropriés pour exprimer sa pensée. La liberté d'expression se distingue de la liberté de communication dès lors qu'elle recouvre un cadre plus large, il s'agit de la diffusion d'un message sans public déterminé.

En droit européen, la liberté d'expression est garantie. Elle a été reconnue au titre des principes généraux du droit communautaire par l'arrêt du 17 janvier 1984 de la Cour de justice des Communautés européennes « VBVB ». Également, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît expressément la liberté d'expression en son article 11.

De plus, la CEDH a affirmé que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Société qui suppose le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture⁷. A travers cet arrêt, le juge européen insiste sur un autre point important : « *elle vaut non seulement pour les informations où les idées peuvent être accueillies avec faveur mais aussi pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent* ».

En droit français, la liberté d'expression est garantie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. De plus, le Conseil constitutionnel l'érige au rang de liberté fondamentale. En effet, dans sa décision du 11 octobre 1984 « entreprise de presse », il considère que la communication des pensées et des opinions est « *une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* ».

Le Conseil constitutionnel consacre aussi cette liberté de manière indirecte puisqu'il lui reconnaît la valeur constitutionnelle dans certains de ses démembrements comme la liberté de la communication audiovisuelle ou encore la liberté de la presse.

La révision constitutionnelle de 2008 a modifié l'article 4 de la Constitution dont le troisième alinéa dispose désormais que « *la Loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des parties et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ».

Enfin, plus récemment, le Conseil d'État a reconnu au sens large la liberté d'expression comme une liberté fondamentale dans le cadre de la procédure du référé liberté⁸.

L'État doit garantir la liberté d'expression et permettre sa mise en œuvre effective. La dimension active de la liberté d'expression est considérée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme comme l'obligation positive. Elle offre donc trois types de garanties : une garantie d'exercice individuel et collectif, une garantie démocratique, une garantie d'exercice d'autres droits et libertés. La dimension passive, celle-ci étant considérée par la CEDH comme obligation négative, implique que l'État s'abstient de toute prise de position religieuse, politique, scientifique ou philosophique.

Par exemple, le droit d'accès à internet constitue un aspect de la dimension active de la liberté d'expression et de communication. Il est garanti par le Conseil constitutionnel⁹.

En l'état actuel des moyens de communication, et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer. Le Conseil

⁷ CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni (req. 5493/72)

⁸ CE, 26 février 2010, Commune d'Orvault

⁹ Cons. cons., 10 juin 2009, n°2009-580 DC dite HADOPI

constitutionnel intègre dans la libre communication des pensées et des opinions la possibilité de s'exprimer au moyen des services de communication au public en ligne¹⁰.

Enfin, le juge judiciaire est un acteur important et ce tout particulièrement pour assurer la protection de la liberté d'expression. **La 17ème chambre du tribunal correctionnel de Paris** examine les affaires qui touchent à la liberté de la presse et d'expression, elle est surnommée "chambre des libertés". Elle a pour but de sanctionner toute atteinte non nécessaire et proportionnée à la liberté d'expression mais se doit également de protéger l'ordre public et l'intérêt général qui pourraient être atteints par cette même liberté.

Dès lors, la liberté d'expression dont découle la liberté de la presse est un principe fondamental qui doit être protégé. Toutefois, elle doit être conciliée, tant avec l'ordre public qu'avec des intérêts privés et pour cela est parfois soumise à des restrictions (B).

B - La nécessaire responsabilisation

L'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que l'exercice de la liberté d'expression « *peut être soumis à certaines formes, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui* ».

Dès lors, l'État doit sanctionner les abus tels que l'atteinte à l'honneur privée, à la réputation ou à l'ordre public.

Afin d'être licites, les mesures de restriction de la liberté d'expression et de communication doivent répondre à trois conditions cumulatives : la nécessité, l'adaptabilité et la proportionnalité. Ainsi, les limitations à cette liberté doivent poursuivre la sauvegarde de l'ordre public ou l'intérêt général.

Plus spécialement, la loi 29 juillet 1881 relative à la presse précise quelles sont les limites de cette liberté.

Désormais, il existe certaines limites admises à la liberté d'expression notamment dans l'intérêt d'autrui.

¹⁰ Cons. cons., 18 juin 2020, n°2020-801 DC

Cette idée de protéger autrui se retrouve principalement dans la protection de l'honneur de la personne. La protection du droit à l'honneur justifiant de limiter la liberté d'expression s'exprime à travers les infractions pénales de diffamation et d'injure.

D'une part, la diffamation est toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel ce fait est imputé. Les allégations diffamatoires sont réputées avoir été faites avec intention de nuire. La conséquence de cette présomption est que c'est au prévenu d'établir et de prouver son innocence. La diffamation publique est punissable d'une peine d'amende de 12 000 euros¹¹.

D'autre part, l'injure se caractérise par toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. L'injure publique est punissable d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Enfin, il existe également des limites admises à la liberté d'expression dans l'intérêt général.

Traditionnellement, la protection de la dignité humaine ou des mineurs vient justifier des limitations à la liberté d'expression. Là, c'est un contrôle a priori qui va être mis en place, une forme de censure mise en place par la police administrative. Il y a un objectif de préservation de l'ordre public, voire de la moralité publique ou de protection de la dignité humaine.

Depuis une loi de 1949, il existe une police spéciale pour les publications destinées à la jeunesse. C'est un régime préventif qui s'étend aux publications qui présentent un danger du fait de leur caractère licencieux ou pornographique. Cela peut aussi être par rapport à la place faite aux crimes, à la violence, à la haine raciale dans ces publications. Au titre de l'article 227-22 du code pénal, est interdite la représentation pornographique de mineurs incitant aux délits d'atteinte sexuelle.

Enfin, la loi Gayssot du 13 juillet 1990¹² (article 24 bis loi 1881) pénalise et sanctionne d'un an d'emprisonnement et 45 000€ d'amende le délit de négationnisme. Cela renvoie au fait de contester les crimes contre de l'humanité au sens où ils ont été établis par le tribunal militaire international de Nuremberg. Elle a notamment été validée par le Conseil constitutionnel comme ne portant pas atteinte aux libertés et droits protégés par la Constitution. Dès lors, la liberté d'expression se voit limitée dans un but d'intérêt général.

Marie POUPIOT

¹¹ Cass. Crim., 28 février 2012 n° 08-83.926 et 03-83.978

¹² LOI n°90-615 du 13 juillet 1990 dite Gayssot insérant l'article 24 bis dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

II - Le droit de la presse

La liberté de la presse revêt effectivement une importance significative dans la société démocratique car elle constitue un moyen de communication des pensées et des opinions prévu par l'article 11 de la DDHC. Elle permet de jouer un rôle crucial en informant le public sur les événements et en surveillant les actions du gouvernement et des autorités.

Cependant, certaines normes éthiques et droits des individus doivent demeurer protégés et les abus de la liberté de la presse, contrôlés. La liberté de la presse doit être garantie dans tous les cas mais cela ne doit pas servir d'excuse pour enfreindre la loi pénale. En ce sens, il convient de voir comment le droit met en place un équilibre entre la liberté de la presse et les droits individuels. D'un côté, il est essentiel de préserver la liberté de la presse en tant que pilier de la démocratie et de garantir l'accès à l'information pour tous les citoyens. D'un autre côté, il est tout aussi important de protéger les droits des individus et de maintenir l'ordre public.

Le droit pénal de la presse désigne l'ensemble des règles de droit pénal qui s'appliquent aux infractions commises dans le domaine de la presse et de la communication en général. En France, ces règles sont principalement prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui définit les délits de presse et les sanctions qui y sont attachées. La loi définit les libertés et responsabilités de la presse française et impose un cadre légal.

Nous étudierons successivement les différents délits de presse prévus par la Loi de 1881 (A), les faits justificatifs dont l'*exceptio veritatis* et la bonne foi (B), les règles de responsabilité (C) et enfin, la procédure pénale en matière de presse (D).

A - Le droit pénal spécial

La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par délit de presse. Limites à la liberté d'expression, les délits de presse figurent dans le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 intitulé « *Des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication* ».

Elle divise les délits de presse en plusieurs catégories : les délits contre la chose publique (1), la provocation aux crimes et délits (2), les délits contre les personnes (3), les délits

contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers (4) enfin, la loi évoque aussi les publications interdites (5).

1. Les délits contre la chose publique

L'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que « La publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique, ou aura été susceptible de la troubler, sera punie d'une amende de 45 000 euros ».

Le délit contre la chose publique concerne principalement les infractions commises dans le but de troubler l'ordre public ou d'inciter à la violence ou à la discrimination envers certaines personnes ou groupes sociaux. Elles sont commises contre l'État ou les collectivités publiques, ou contre les citoyens en tant que membres de la société et portent atteinte à l'intérêt général, à la sécurité et à l'ordre public, ainsi qu'aux biens et services publics.

De la même manière, le Livre IV du Code pénal (Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique) prévoit des actes ayant troublé la paix publique ou susceptible de la troubler tels que la corruption, le détournement de fonds publics, la fraude, l'abus de pouvoir, l'espionnage, la trahison, la rébellion, la sédition, l'atteinte à la sûreté de l'État, le terrorisme, la destruction de biens publics, la falsification de documents publics, etc.

Les personnes reconnues coupables peuvent être passibles de peine d'amende ou de peine d'emprisonnement, ainsi que de sanctions complémentaires telles que la confiscation de leurs publications ou l'interdiction d'exercer une activité dans le domaine de la presse.

2. La provocation aux crimes et aux délits

La provocation aux crimes et aux délits est une infraction prévue par les articles 23 et 24 de la Loi sur la presse. La loi interdit toute provocation directe à la commission d'un crime ou d'un délit, ainsi que toute apologie de tels actes.

La publication d'un texte, d'une image, d'un discours ou de tout autre contenu visant à inciter à la commission d'un crime ou d'un délit est susceptible d'être sanctionnée par la justice. Il est important de noter que la simple critique ou la dénonciation d'un acte répréhensible ne constitue pas une provocation aux crimes et aux délits, à condition que cette critique ou cette dénonciation soit exprimée de manière responsable et sans incitation à la violence ou à la haine.

La provocation directe à commettre des crimes et des délits, quelle que soit leur nature, est punissable si elle est suivie d'effet lorsque le juge relève l'existence d'un lien de causalité étroit, précis et incontestable entre la ferme incitation à la commission de telle infraction déterminée et la concrétisation de ce fait pénalement répréhensible. La provocation directe non suivie d'effet n'est punissable que si son auteur appelle à la réalisation d'infractions limitativement énumérées par les deux premiers alinéas de l'article 24 de la loi précitée parmi lesquelles figurent le meurtre, le vol¹³, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles.

La provocation directe aux crimes et aux délits, si elle est suivie d'effet, est assimilée à une complicité de crime ou de délit. La provocation directe à commettre certains faits, si elle n'est pas suivie d'effet peut être punie de 1 à 5 ans d'emprisonnement et/ou 45 000 euros d'amende.

Les personnes reconnues coupables peuvent également faire l'objet de sanctions complémentaires telles que la confiscation de leurs publications ou l'interdiction d'exercer une activité dans le domaine de la presse.

3. Les délits contre les personnes

On retrouve ces délits aux articles 29 à 35 quater de la loi du 29 juillet 1881, ce sont la diffamation et l'injure. Pour mieux comprendre comment ils sont constitués, se reporter à **la rubrique infraction de la revue**.

4. Délits contre les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers

Afin d'assurer une protection particulière aux intérêts internationaux de la France, la loi du 29 juillet 1881, par ses articles 36 et 37, a édicté des infractions particulières permettant de réprimer les atteintes dont seraient victimes les personnes que les relations diplomatiques se doivent de protéger davantage que de simples particuliers. Ces dispositions visent à protéger la dignité et l'honneur des représentants étrangers en France, ainsi que les relations diplomatiques entre les États.

Avant 2004, l'article 36 de la loi sur la presse prévoyait qu'il était interdit de diffamer ou d'injurier publiquement un chef d'État étranger ou un agent diplomatique en fonction en France. Les personnes reconnues coupables de tels délits pouvaient être passibles de peines d'amende et/ou d'emprisonnement, ainsi que de sanctions complémentaires telles

¹³JO Sénat du 6 septembre 1990, Publication d'ouvrages incitant à enfreindre les lois de la République - page 1945

que la confiscation de leurs publications ou l'interdiction d'exercer une activité dans le domaine de la presse.

Bien que l'intitulé générique du paragraphe 4 du chapitre V de la Loi de 1881 demeure « *Délits contre les chefs d'état et agents diplomatiques étrangers* », la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 a abrogé l'article 36 de la Loi de 1881 incriminant l'offense envers les chefs d'État et chefs de gouvernements étrangers. Ce délit est supprimé à la suite d'une condamnation de la France par un arrêt du 25 juin 2002 de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴. La Cour avait jugé que ce délit d'offense « *tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun besoin social impérieux susceptible de justifier cette restriction* » et que l'absence de moyen de défense en raison de l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité pénale en prouvant la vérité de ses allégations, constituait une mesure « *exorbitante* » en faveur des chefs d'États étrangers.

La Cour européenne des droits de l'homme poursuit son raisonnement dans un arrêt de 2013¹⁵ et juge que l'offense par répétition d'un propos présidentiel n'est pas susceptible de condamnation pénale lorsqu'il s'agit d'une critique politique qui concerne des questions d'intérêt général, caractéristiques d'une société démocratique.

S'agissant du chef de l'État français, l'article 26 prévoyait que l'offense au Président de la République par l'un des moyens énoncés dans l'article 23 (qui prohibe [la Provocation aux crimes et aux délits \(§2\)](#)) était punie d'une amende de 45 000 euros. Cependant, l'article 21 de la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France supprime l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'on puisse désormais impunément offenser le chef de l'État. Les poursuites pour diffamation ou injure restent possibles. L'article 31 de la Loi de 1881 qui porte à 45 000 euros d'amende la peine encourue en cas de diffamation commise à l'encontre de certaines personnes a été complété pour qu'y figure le président de la République.

Par ailleurs, l'article 433-5-1 alinéa 1 du CP prévoit que « *Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 euros d'amende* ».

5. Les publications interdites

Les publications interdites sont encadrées au sein du paragraphe 5 de la loi sur la presse.

¹⁴ CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c. France (req. n°51279/99)

¹⁵ CEDH, 14 mars 2013, Eon c. France, n°26118/10

De nombreux articles viennent préciser les publications interdites par la loi :

- L'article 38 sanctionne toute personne publiant des actes d'accusation ou tout acte de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique.
- L'article 38 ter considère, que dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, il est interdit d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image.
- L'article 39, quant à lui, précise qu'il est prohibé de rendre compte des procès en diffamation, des débats et de publier des pièces concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement.
- L'article 39 bis punit le fait de diffuser des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification d'un mineur ayant quitté ses parents, son tuteur, la personne ou l'institution qui était chargée de sa garde ou à laquelle il était confié, délaissé, qui s'est suicidé ou victime d'une infraction.
- L'article 39 quater prévoit l'interdiction après la mort de l'adopté, de publier par le livre, la presse, la radiodiffusion, le cinématographe ou de quelque manière que ce soit, une information relative à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière.
- De la même manière, l'article 39 quinquies interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, des renseignements concernant l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle ou l'image de cette victime lorsqu'elle est identifiable.
- L'article 39 sexies punit le fait de révéler, par quelque moyen d'expression que ce soit, l'identité des fonctionnaires de la police nationale, de militaires, de personnels civils du ministère de la défense ou d'agents des douanes appartenant à des services ou unités désignés par arrêté du ministre intéressé.
- L'article 40 considère qu'il est « *interdit d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, des amendes forfaitaires, des amendes de composition pénale [...] Le fait d'annoncer publiquement la prise en charge financière des amendes, frais, dommages-intérêts et autres somme [...]* ».

La loi sur la presse de 1881 encadre les abus à la liberté de la presse en créant les infractions que nous venons d'aborder. Néanmoins, parfois, certains éléments de défense vont permettre à une personne accusée d'une infraction de prouver que son acte était justifié ou excusé. Ces éléments sont ce que l'on appelle des faits justificatifs.

B - Les faits justificatifs légaux et prétoriens

En droit de la presse, le fait justificatif est un élément qui permet de considérer qu'une publication qui pourrait être caractérisée comme une infraction (par exemple, une diffamation) n'en est pas une en raison de l'existence d'une justification légale.

Les faits justificatifs sont prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et sont énumérés aux articles 35 à 42 de cette loi. Ils peuvent varier en fonction de la nature de l'infraction et des circonstances dans lesquelles elle a été commise.

Les principaux faits justificatifs en droit de la presse sont les suivants : l'exception de vérité (1) et la bonne foi (2).

1. L'exceptio veritatis (l'exception de vérité)

L'*exceptio veritatis* est une notion juridique qui permet de se défendre contre une accusation de diffamation en prouvant la véracité des propos tenus. Cette exception est prévue par l'article 35 de la loi sur la presse.

Selon cet article, la publication de propos diffamatoires n'est pas constitutive d'une infraction si elle est justifiée par l'exercice de la liberté d'expression et d'information et si elle repose sur une base factuelle sérieuse. En d'autres termes, si les propos diffamatoires sont véridiques, la personne qui les a tenus ne pourra pas être poursuivie pour diffamation.

Toutefois, pour se prévaloir de l'*exceptio veritatis*, il est nécessaire de prouver la véracité des propos diffamatoires. Cette preuve doit être apportée par celui qui a tenu les propos, qui doit démontrer que les faits sur lesquels il s'est fondé sont avérés. Il ne suffit donc pas de prétendre que les propos sont vrais, il faut être en mesure de le démontrer de manière factuelle.

Il est important de noter que l'exception de vérité ne peut être invoquée que si l'information diffusée est d'un intérêt général suffisant. Cela signifie que l'information doit être pertinente pour le public et ne doit pas être divulguée dans un but malveillant ou personnel. De plus, l'information doit être vérifiée et présentée de manière impartiale.

L'alinéa 3 de l'article 35 de la loi sur la presse prévoit, néanmoins, que l'*exceptio veritatis* est inapplicable quand l'imputation concerne la vie privée de la personne. Par exemple, un journal pourra utiliser l'exception de vérité s'il cite un personnage politique dans sa rubrique

“Balance ton porc” du journal après que celui-ci ait été condamné dans le cadre d'une affaire d'agressions sexuelles. Néanmoins, la preuve de l'*exceptio veritatis* doit être parfaite et antérieure à la publication diffusant l'allégation litigieuse.

Dans un arrêt du 25 février 2020¹⁶, la Cour de Cassation avait admis l'exception de vérité présentée par une chaîne de télévision nationale suite à un reportage diffusant des faits de mauvais traitements dans une maison de retraite. Les juges du fond s'étaient référés à des faits antérieurs à la diffusion litigieuse ont retenu la vérité de ceux-ci sans se fonder exclusivement sur les procédures disciplinaires dirigées contre certains salariés. L'exception de vérité a été admise dès lors qu'il est démontré qu'ils ne se sont pas uniquement fondés sur des éléments de preuve postérieurs à la diffusion.

Ce fait justificatif ne dispense pas les médias de leur obligation de respecter les règles de déontologie journalistique, telles que la vérification des sources et la protection de la vie privée des personnes concernées. C'est un principe important du droit de la presse, qui permet de protéger les journalistes qui ont diffusé une information véridique dans l'intérêt général. Cependant, il ne peut être invoqué que dans certaines circonstances spécifiques et ne peut être utilisé pour justifier des actes illégaux ou des diffamations malveillantes.

2. La bonne foi

La notion de bonne foi est un principe important en droit de la presse qui permet de se défendre contre certaines accusations de diffamation ou d'injure. La jurisprudence considère que la bonne foi suppose la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression ainsi que la fiabilité de l'enquête¹⁷.

Plus précisément, la bonne foi est prévue par l'article 35 de la loi sur la presse. Selon cet article, la publication de propos diffamatoires ou injurieux n'est pas constitutive d'une infraction si elle est justifiée par l'exercice de la liberté d'expression et d'information et si elle repose sur une base factuelle sérieuse. Cette exception s'applique également si la personne qui a publié les propos avait des raisons légitimes de croire en leur véracité, et si elle a fait preuve de diligence raisonnable pour vérifier leur exactitude.

Ainsi, la bonne foi peut être invoquée pour se défendre contre une accusation de diffamation ou d'injure si la personne qui a publié les propos avait des motifs légitimes de croire en leur véracité, même si ces propos se révèlent ultérieurement faux. Par exemple, si un journaliste publie une information sur la base de sources fiables mais que cette information se révèle

¹⁶ Cass. Civ., 25 février 2010, n°09-12.64

¹⁷ Cass. Crim., 28 juin 2017, n°16-82.163

être inexacte, le journaliste peut se prévaloir de la bonne foi pour se défendre contre une accusation de diffamation ou d'injure.

Chaque affaire est examinée au cas par cas, les tribunaux tiennent compte de la diligence raisonnable dont a fait preuve la personne qui a publié les propos, ainsi que des circonstances dans lesquelles les propos ont été tenus. Si la personne qui a publié les propos a fait preuve d'une négligence flagrante ou a agi de manière malveillante, elle ne pourra pas se prévaloir de la bonne foi pour se défendre contre une accusation de diffamation ou d'injure.

Lorsqu'une personne a commis une infraction prévue par la loi sur la presse et qu'aucun fait justificatif ne peut être mis en avant, sa responsabilité pénale est engagée. Cela implique qu'elle réponde de ses actes et qu'elle puisse être punie en conséquence.

C - Les règles de responsabilité

Le régime de responsabilité en droit de la presse met en place un mécanisme fort particulier, celui de **la responsabilité pénale « en cascade »**.

L'article 42 sur la loi sur la presse est à l'origine de ce régime de responsabilité en cascade. Il indique que doivent être recherchés comme auteurs principaux des crimes et délits commis par la voie de la presse : les directeurs de publications ou éditeurs, « à leur défaut » les auteurs, ou à défaut de ces derniers les imprimeurs, ou à défaut les vendeurs, les distributeurs et afficheurs.

Le principe est le suivant : lorsqu'un directeur de publication commet une faute dans une publication de presse, seul ce directeur est responsable et peut être poursuivi. Si sa responsabilité ne peut être établie alors elle se reporte sur l'auteur ensuite l'imprimeur et enfin le vendeur, distributeur et afficheur.

Ce principe place le directeur de la publication et l'éditeur en première ligne en ce qu'ils assument la décision de publication. La Cour de cassation affirme notamment que le directeur de publication d'un journal a pour devoir de « *surveiller et de vérifier tout ce qui y est inséré* »¹⁸.

L'article 43 de la même loi précise que lorsque les directeurs ou codirecteurs de la publication ou les éditeurs sont en cause, les auteurs sont poursuivis comme complices. De

¹⁸ Cass. Crim., 9 févr. 1950, *Bull. crim.* n° 53

la même manière, peuvent être poursuivis comme complices toutes les personnes auxquelles l'article 121-7 du Code pénal pourrait s'appliquer à savoir, les personnes qui sciemment, par aide ou assistance, ont facilité la préparation ou la consommation du délit.

Les auteurs présumés d'infraction sont ensuite poursuivis. Intervient alors la procédure judiciaire régie essentiellement par le Code de procédure pénale.

D - La procédure pénale

En droit de la presse, la procédure pénale est régie essentiellement par les règles générales du Code de procédure pénale. Néanmoins, beaucoup de règles dérogatoires sont prévues dans la loi de 1881 et s'appliquent en priorité.

L'objectif est de concilier le droit à l'information et la liberté d'expression avec la protection de la réputation et de l'honneur des individus.

Nous verrons que le régime préventif initialement prévu en droit pénal de la presse a été abandonné au profit du régime répressif (1) puis, les règles mises en place en matière de prescription (2).

1. De l'abandon du régime préventif au régime répressif

Auparavant, le régime préventif régnait en droit de la presse. Il s'agissait d'un ensemble de mesures législatives et réglementaires qui visait à empêcher la publication de certaines informations avant leur diffusion au public. Il permettait à l'autorité en charge de la censure de décider si une information ou un contenu doit être diffusé ou non, et d'empêcher la publication de contenus considérés comme sensibles ou critiques à l'égard du gouvernement.

Le régime préventif du droit de la presse remonte à l'époque de l'Ancien Régime en Europe. Les gouvernements étaient en mesure d'exercer un contrôle strict sur la presse en ayant le pouvoir de censurer les publications avant leur diffusion. En France, par exemple, la censure préventive était en vigueur sous l'Ancien Régime, ainsi que sous le Premier Empire de Napoléon Bonaparte. Cette censure a été abolie en 1822 sous la Restauration, mais elle a été réintroduite en 1852 sous le Second Empire. Plus récemment, la censure préventive a été utilisée dans certains pays pendant la Première et la Seconde Guerre mondiale pour contrôler la diffusion de la propagande ennemie.

Ce régime posait un problème en matière de droit pénal en raison de son caractère préventif et de sa potentielle violation du principe de présomption d'innocence. En effet, le régime préventif permettait de prendre des mesures préventives avant que les faits incriminés n'aient été commis sans que les personnes concernées n'aient eu la possibilité de se défendre ou de faire valoir leurs droits.

De nos jours, la censure préventive est considérée comme une violation de la liberté d'expression et des droits de la presse. Dans la plupart des pays démocratiques, les gouvernements ne peuvent pas interdire la publication de contenus avant leur diffusion. Avec l'évolution des lois et des pratiques démocratiques, le régime préventif en droit de la presse a été abandonné dans la majorité des pays occidentaux.

Aujourd'hui, la plupart des États se concentrent sur la répression des délits de presse après leur diffusion, plutôt que sur leur prévention. Le régime répressif est plus libéral car il ne nécessite pas d'autorisation, l'État n'intervient qu'après la commission des faits. Le régime répressif vise à protéger les victimes de ces atteintes et à dissuader les auteurs de les commettre.

Cependant, il doit être utilisé de manière proportionnée et respecter la liberté de la presse. Il s'agit d'un droit fondamental dans la plupart des démocraties modernes, et les médias sont considérés comme des acteurs importants du débat public et de la diffusion d'informations à la population. L'État a pour rôle de protéger la liberté de la presse, plutôt que de la restreindre. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a plus de restrictions sur la liberté de la presse. En effet, les médias doivent respecter certaines règles et certains principes, tels que le respect de la vie privée, la protection des données personnelles, la lutte contre la diffamation et la calomnie, et la prévention de la propagande haineuse. Les médias sont également soumis à des règles de déontologie et peuvent être tenus responsables en cas de violation de ces règles.

Parfois, l'État ne peut pas engager de poursuites pénales contre une personne après un certain laps de temps écoulé depuis la commission présumée de l'infraction. Cette période de temps est déterminée par la loi et varie en fonction de la gravité de l'infraction et du pays dans lequel elle a été commise. En ce sens, nous étudierons par la suite la prescription en matière de droit de la presse.

2. La prescription

Comme pour tous les délits, l'action publique pour les infractions prévues par la loi sur la presse est soumise à la prescription. La prescription est un délai au-delà duquel le Procureur ne peut plus exercer l'action publique pour poursuivre un délit.

Le délai de prescription varie en fonction de l'intérêt protégé par le délit prévu par la loi sur la presse. Cela signifie que lorsque l'intérêt général est atteint alors le délai de prescription est plus long que lorsqu'il s'agit seulement d'un intérêt privé afin de faciliter la poursuite. En ce sens, les délits plus graves, telles que les atteintes à la sûreté de l'État, ont un délai de prescription plus long que ceux qui sont moins graves, comme l'injure ou la provocation à la commission de délits.

Le délai de droit commun pour les délits est de 6 ans à compter du jour où l'infraction a été commise ou du jour où elle a été portée à la connaissance de la victime. En droit de la presse, l'article 65 de la Loi de 1881 prévoit un délai extrêmement court de trois mois. Toutefois, il existe des exceptions à cette règle en fonction de la gravité de l'infraction. L'article 65-3 de cette loi a porté à un an le délai de prescription de droit commun pour certains délits. Cet allongement du délai de prescription concerne le délit de provocation à la discrimination ou à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (article 24 alinéa 8 de la Loi de 1881), les délits de diffamation et d'injure publiques (article 32 alinéa 2 et article 33 alinéa 3 de la Loi de 1881) et le délit de contestation des crimes contre l'humanité (article 24 bis de la Loi de 1881).

« En portant de trois mois à un an le délai de la prescription pour les délits qu'il désigne, l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 a pour objet de faciliter la poursuite et la condamnation, dans les conditions prévues par cette loi, des auteurs de propos ou d'écrits provoquant à la discrimination, à la haine ou à la violence, diffamatoires ou injurieux, à caractère ethnique, national, racial, ou religieux ou contestant l'existence d'un crime contre l'humanité¹⁹ ».

Certaines infractions telles que la provocation au terrorisme et l'apologie du terrorisme étaient auparavant incriminées par la Loi de 1881. Seulement, cela réduisait l'efficacité de la répression de ces comportements car le délai de prescription pour ces infractions n'était que d'un an. La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a fait le choix d'intégrer cette infraction dans le Code pénal afin que celle-ci puisse être soumise au délai de droit commun.

S'agissant de la suspension de la prescription, l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que seules les réquisitions aux fins d'enquête sont interruptives de prescription.

Les infractions de presse sont sanctionnées mais pas trop lourdement afin de préserver la Liberté d'expression. Pour ce faire, la loi sur la Liberté de la presse tente d'empêcher les poursuites et pose des règles très rigoureuses. Ces limites procédurales renvoient par

¹⁹ Cons. cons., 12 avril 2013, n°2013-302 QPC, cons. 5 et 6

exemple, au fait que dans beaucoup de cas visés par la Loi, le Ministère public ne peut pas exercer d'office les poursuites. Il faut une plainte préalable de la victime²⁰. Également, on va exclure certains modes de saisine. On ne peut pas recourir à la comparution immédiate et à la convocation par procès-verbal²¹. Il reste l'instruction et la citation directe. On exclut les autres modes de saisine pour éviter les procédures accélérées et les sanctions. De la même manière, les pouvoirs du juge en matière d'infractions de presse sont limités. Le juge est lié par la qualification pénale qui a été donnée aux faits dans l'acte de poursuite et n'a pas de pouvoir en matière de requalification.

Pour conclure, le droit pénal de la presse est donc un domaine important pour protéger les droits des individus et garantir la liberté d'expression, tout en maintenant un équilibre entre ces deux objectifs. Les journalistes et les médias peuvent être poursuivis pour des infractions pénales liées à leurs activités professionnelles, mais ils peuvent également invoquer des défenses spécifiques, telles que l'exception de vérité et la bonne foi.

En somme, l'équilibre entre le droit pénal et la liberté de la presse est un sujet complexe qui nécessite une approche équilibrée et nuancée pour protéger les intérêts de toutes les parties concernées.

Léa DOS SANTOS



²⁰ Article 48 de la loi sur la Liberté de la presse de 1881

²¹ Article 397-6 du Code de procédure pénale

PARTIE 2 – L’adaptation aux nouveaux enjeux

Dans une seconde partie, il apparaît nécessaire de s’intéresser aux enjeux contemporains en matière de presse. En effet, l’ère numérique rebat les cartes en raison des nouveaux enjeux qu’elle suscite. Ainsi, les nouvelles technologies de l’information et de la communication (NTIC) renouvellent le contentieux de presse, en posant de nouvelles difficultés que le droit n’avait encore jamais rencontré (III). Le droit, notamment pénal, a donc dû s’adapter pour faire face à ces nouveaux enjeux de l’ère numérique (IV).

III - Le renouveau du contentieux de presse lié aux nouvelles technologies de l’information et de la communication (NTIC)

A l’origine, la loi de 1881 fut érigée face à des problématiques rencontrées dans le cadre de l’imprimerie, la librairie et la presse périodique. Ainsi, l’émergence de la radio et de la télévision a constitué un premier enjeu pour la loi 1881. Cette nouvelle forme de presse, concurrençant la presse préexistante, s’est vue soumise au régime de la loi sur la presse. Néanmoins, des aménagements ont dû survenir pour assurer une véritable prise en charge de cette nouvelle presse. En effet, la jurisprudence et la loi du 13 décembre 1985 ont aménagé le droit de la presse aux spécificités de ces médias. Ce fut la loi du 29 juillet 1982 qui fut le véritable apport en la matière, en ce qu’elle a permis de poser les principes généraux de la communication audiovisuelle.

Force est de constater que l’avènement des radios et télévisions représente, de nos jours, une époque révolue. Les enjeux contemporains sont concentrés sur les nouvelles technologies d’information et de communication.

A cet égard, le rapporteur WARSMANN, lors des travaux préparatoires de la loi du 9 mars 2004, précisait devant l’Assemblée nationale : « *J’estime tout à fait sage de faire évoluer notre droit en fonction des circonstances et de l’état d’avancement des techniques. Or, les messages qui peuvent être transmis par l’intermédiaire des nouveaux modes de diffusion posent un réel problème, et je pense bien entendu à internet [...] La masse d’informations*

est tellement dense, tellement diffuse, que la garantie offerte par la loi de 1881 perd beaucoup de sa consistance ».

Par conséquent, face aux problématiques amenées par l'avènement d'internet et son omniprésence dans notre quotidien ; comment « l'un des droits les plus précieux de l'Homme » comme le nommait Mirabeau, est-il encore assuré et protégé ?

Le législateur, dans un objectif de préservation de la liberté de la presse, a dû adapter la notion de publication, afin qu'elle réponde au mieux à ses nouvelles formes liées à internet (A), mais a également dû garantir une prescription en adéquation avec ce type de délinquance (B). Malgré ces efforts, la liberté de la presse reste confrontée à de nombreux défis pour assurer sa protection, notamment les difficultés probatoires induites par internet (C).

A - L'aménagement de la notion de publication

La publication, au sens commun du terme, renvoie à une action de porter à la connaissance de tout le monde, un acte, une information, une opinion, etc. Du point de vue de la loi de 1881, la publication s'entend sous n'importe quelle forme. D'après l'article 23 de cette loi, il peut s'agir d'écrits, d'imprimés, de dessins, de gravures, de peintures, d'emblèmes, d'images, ou de tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

Ainsi, à l'origine, la publicité était assimilée sous un aspect « matériel », en ce que l'information était divulguée dans un "espace réel", auprès d'un public anonyme et imprévisible²².

Suite à des apports en droit pénal de la presse, il peut être constaté que la loi de 1881 précise désormais « *la communication au public par voie électronique* », ce qui permet d'inclure les publications par le biais de ces nouvelles technologies ; les informations publiées dans un espace virtuel.

Cette communication fut définie par la loi du 30 septembre 1986, en son article 2, « *On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public*

²² Expression de Basile Ader dans "Légipresse"

ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée. [...] ».

Dès lors, la publication en ligne s'assimile à la communication au public par voie électronique. La LCEN de 2004 viendra préciser cette notion par l'emploi de la *"communication au public en ligne"*. Cet apport permet de faire évoluer la terminologie, et ainsi d'intégrer plus concrètement ces publications en ligne.

Dans le cadre de la loi sur la presse, *« c'est la publication qui fait le délit »* selon Barbier dans son *Code expliqué de la Presse* de 1911. Cette célèbre formule fut rappelée par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire Yahoo du 26 février 2002 en affirmant que *« en matière de presse la publicité est un des éléments constitutifs et même la caractéristique essentielle des infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881 »*.

Compte tenu du caractère primordial de la publication dans le droit pénal de la presse, il semble d'autant plus nécessaire de préciser ce qu'est une publication par le biais d'internet. En déterminant ce qui est constitutif, ou non, d'une publication, il est possible de déterminer le point de départ du délai de prescription de l'action publique.

A cet égard, la Cour de cassation a énoncé que *« lorsque des poursuites pour diffamation et injures publiques sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixée à la date du premier acte de publication »* et *« cette date est celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau »* (Crim 16 octobre 2001²³).

A la première mise à disposition des utilisateurs de la publication en ligne, le délai de prescription commence à courir. Toutefois, la jurisprudence est venue consacrer des exceptions à ce principe, en raison des difficultés pouvant survenir dans la détermination de la date de cette première mise à disposition. En étendant la notion de publication, le point de départ du délai de prescription peut être repoussé, et ainsi ce délai ne constitue plus un obstacle à la répression. Dès un arrêt du 19 septembre 2006 la Cour d'appel de Nancy avait fait état de cette volonté d'assurer l'impunité des infractions de presse par le biais d'internet. Elle énonçait que *« chaque mise à jour d'un site internet constitue une réédition en ce qu'elle participe d'un nouveau point de départ de la prescription »*.

Cette mouvance fut suivie par la Cour de cassation qui a affirmé que la modification d'un message résultant de la volonté de son auteur constitue une nouvelle publication. A contrario, la modification réalisée par un internaute ne constitue pas une nouvelle

²³ Cass. Crim., 16 octobre 2001 n°00-85.728

publication. De plus, des précisions concernant les sites internes ont été apportées. En effet, la modification du site, s'il ne s'agit que de sa forme, ne constitue pas une nouvelle publication, et a contrario, la modification de fond du site s'assimile à une réédition-refonte, et ainsi à une nouvelle publication. Enfin, dans le cas où des contenus identiques sont maintenus sur un même support, même s'ils sont déplacés au sein de ce dernier, il n'y a pas nouvelle publication. Tandis qu'une nouvelle reproduction, d'un écrit rendu public, pour un texte déjà publié est une nouvelle publication (Crim 10 avril 2018²⁴).

Fort de ces apports jurisprudentiels, il est possible de constater que les cas de nouvelles publications sont conditionnés à une véritable action volontaire de nouvelle publication de la part de l'auteur. Ce critère de volonté de l'auteur fut reprécisé dans une jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt du 10 janvier 2017 les juges de cassation se sont prononcés sur l'épineuse question des suggestions des moteurs de recherche en ligne. Ils ont précisé que n'est pas une nouvelle publication, un contenu déjà diffusé, résultant de la juxtaposition de mots provenant d'un processus purement automatique et aléatoire issu d'une fonction intégrée dans ce moteur. Ce mécanisme excluant toute volonté de son exploitant de publier, de nouveau, le contenu litigieux.

Enfin, des situations spécifiques sont à préciser. Notamment, les publications de messages sur les réseaux sociaux. Sur ce point, la jurisprudence européenne est venue préciser la nature de ces messages. Dans son arrêt Melike contre Turquie du 15 juin 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que le partage d'un message ou le « retweet » constitue une publication litigieuse pouvant entraîner la responsabilité pénale de son auteur, en ce qu'elle constitue une nouvelle publication, contrairement à l'action d'un « like » sur un message préexistant, qui n'est pas une nouvelle publication.

De plus, le cas des liens hypertextes peut également être précisé. La première chambre civile de la cour de cassation, dans un arrêt du 2 novembre 2016 considérait que « *toute reproduction, dans un écrit rendu public, d'un texte déjà publié, est constitutive d'une publication nouvelle dudit texte, qui fait courir un nouveau délai de prescription ; que l'insertion, sur internet, par l'auteur d'un écrit, d'un lien hypertexte renvoyant directement audit écrit, précédemment publié, caractérise une telle reproduction.* ». Ainsi, un lien hypertexte, même pour un texte déjà publié, constitue une nouvelle publication.

Ces éléments sur les publications en ligne apportées, le point de départ du délai de prescription de l'action publique est précisé et déterminé. Néanmoins, la prescription n'a pas fait exception, en ce que les NTIC ont modifié sa détermination première issue de la loi de 1881.

²⁴ Cass. Crim., 10 avril 2018 n°17-82.814

B - Une prescription unique aux applications distinctes

Rappelons que le délai de prescription de l'action publique en matière de droit de la presse est de 3 mois révolus à compter du jour où les faits infractionnels auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuites s'il en a été fait, selon l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Une exception est érigée à l'article 65-3 de cette même loi, allongeant le délai à un an pour les infractions limitativement énumérées.

Dans un premier temps la Cour de cassation, dans un arrêt fondamental en la matière, de la chambre criminelle en date du 16 octobre 2001, a refusé de consacrer le principe de l'infraction continue pour la publication sur internet. Comme précisé dans le paragraphe précédent, les juges de cassation ont fixé le point de départ du délai de prescription pour les diffusions sur internet à la date du premier acte de publication, soit la date à laquelle le message a été mis, pour la première fois, à la disposition des utilisateurs. Ainsi, les infractions de presse commises sur internet sont des infractions instantanées.

Dans un second temps, la LCEN du 21 juin 2004 sur la liberté de communication en ligne, en son article 6 V, a tenté de modifier les dispositions concernant la prescription de l'action publique pour les infractions commises sur internet. Elle prévoyait que, dans le cas d'une publication sur un seul support électronique, l'action civile et l'action publique des crimes et délits de la loi de 1881 se prescriront dans le délai de 3 mois de l'article 65 de cette loi, et à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du message litigieux au public.

Toutefois, le Conseil constitutionnel dans une décision du 10 juin 2004 n°2004-496 a censuré ces dispositions en estimant que la différence de régime dépassait manifestement ce qui était nécessaire à la situation particulière de ces messages exclusivement disponibles sur un support informatique. Ainsi, le Conseil a permis le maintien d'un régime unifié pour le délai de prescription.

Force est de constater que la prescription est de 3 mois révolus en matière d'infractions de presse, que celles-ci soient commises dans le « monde physique », ou dans le « monde virtuel ». Cependant, l'aménagement de la notion de publication en ligne permet de reconduire ce court délai de 3 mois autant de fois qu'une nouvelle publication est constituée. Ainsi, la « republication » d'un message en ligne, assimilable à une réitération²⁵, permet de faire courir un nouveau délai de 3 mois de prescription.

²⁵ Au sens du droit commun, selon Le Petit Robert, "*faire de nouveau*".

Cette extension permet que la prescription de l'action publique ne soit pas un obstacle à la répression en droit pénal de la presse. Le droit à l'oubli motivant ce principe de prescription ne saurait empêcher la répression des infractions commises en ligne, d'autant plus compte tenu de leur massification.

Néanmoins, malgré ces aménagements en faveur d'une meilleure répression, les infractions de presse commises par le biais d'internet restent un véritable enjeu pour la loi de 1881. De nouveaux débats se sont présentés avec les propos à caractère raciste ou le harcèlement en ligne, faisant état d'une nécessaire et constante adaptation du droit pénal de la presse.

C - De 1881 à aujourd'hui, de nouvelles réalités probatoires posées par Internet

L'avènement d'internet a apporté des complications dans la gestion des infractions commises par son biais. La difficulté avec les publications sur internet relève de leur permanence et de leur interactivité. Il n'y a aucune rupture de stock, aucune obsolescence. De plus, internet n'ayant aucune limite territoriale, à la différence d'un journal papier, sa diffusion peut s'avérer bien plus large, mais aussi bien plus rapide. Le système répressif habituel a montré ses failles face à ce nouveau type de délinquance.

Il est possible de citer deux difficultés majeures dans le cadre des infractions de presse commises par internet : l'identification des auteurs, et le contentieux de masse, la viralité de masse.

D'une part, concernant l'identification des auteurs: Internet, cette agora mondiale, porteuse d'une société virtuelle réunissant les individus de tous les horizons, a aussi été porteuse d'une délinquance internationale et anonyme. En effet, l'identification des auteurs d'infractions de presse sur internet peut s'avérer difficile, voire impossible. Les publications, souvent couvertes d'anonymat, peuvent résulter d'internautes étrangers. Ainsi, la possibilité d'anonymisation des profils sur internet constitue une véritable difficulté pour imputer un délit à un individu, puisqu'en l'absence d'auteur, l'action publique ne peut être mise en mouvement. A préciser que pour les crimes, le juge d'instruction peut être saisi par le procureur de la République pour l'ouverture d'une information judiciaire contre X, ce qui palie à cette difficulté, mais les crimes restent l'exception dans le cadre des infractions de presse. A cela s'ajoute la dimension internationale. Internet n'ayant pas de frontière comme un pays, il est courant que les internautes puissent interagir avec des individus étrangers. Cet

obstacle probatoire peut endiguer toute possibilité de répression. Dans le cas où l'individu est identifié, il faudra que la loi pénale française lui soit applicable au regard de l'article 113-2-1 du Code pénal énonçant « *Tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». Dès lors, cette première difficulté majeure est constituée de divers obstacles à surmonter pour aboutir à une condamnation, et laisse d'ores et déjà entrevoir l'enjeu répressif d'internet.

D'autre part concernant le contentieux de masse et sa viralité: Internet est actuellement un outil de la vie courante de très nombreux individus à l'échelle mondiale, et d'autant plus dans les pays développés comme la France, ou les États-Unis. C'est un outil du quotidien. Cette incursion d'internet dans la vie des individus induit son utilisation massive, et ainsi la viralité de son contenu. Il est possible de parler de contentieux de masse si ces publications en ligne sont constitutives d'infractions. Le message circule vite, sans frontière et peut se démultiplier de manière exponentielle. Cet amas incontrôlable de messages induit un amas incontrôlable d'infractions potentielles. Ce flux est difficilement contenu et contrôlé par les juridictions, en ce qu'il représente un travail titanesque pour une justice d'ores et déjà engorgée. De plus, il reviendra aux enquêteurs et magistrats d'identifier un auteur pour une infraction, dans le respect de la responsabilité pénale personnelle. Cette difficulté peut s'illustrer dans le cadre de « l'affaire Mila » où cette dernière a subi des menaces de mort et un harcèlement massif en ligne, et seulement 13 protagonistes furent jugés pour ces faits.

La justice semble en inadéquation avec cette délinquance émergente. Face à ce constat, une adaptation de la justice peut s'avérer complexe, voire ineffective, compte tenu de l'enjeu. Dès lors, pour répondre à ces besoins le législateur a adopté plusieurs lois afin d'encadrer la prolifération des messages constituant une infraction à la loi pénale sur internet. Ces apports sont abordés dans la revue au sein des développements suivants (IV, 3).

Il y a un véritable effort de réflexion pour armer au mieux le droit pénal de la presse face à ces nouvelles technologies. Il semblerait que cet effort soit encore nécessaire, et ce, pour encore une longue période au regard de l'évolution permanente et rapide d'internet et de ses supports.

Mathilde SAUER

IV - L'adaptation du droit positif à l'ère numérique

Face aux insoupçonnés enjeux posés par le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, le droit positif a dû s'adapter à l'ère numérique, en créant de nouveaux délits (A) et en prévoyant des procédures en cas d'inobservation d'une quelconque règle en matière de publication. C'est ainsi que la procédure de signalement sur PHAROS (B) et celle de retrait des contenus illicites (C) ont été mises en place. Pour lutter contre la haine en ligne, ont été mises en place des règles particulières en matière de responsabilité des acteurs d'internet (D). Enfin, compte tenu de la permanence des contenus publiés en ligne, il a paru opportun de mettre en place un droit à l'oubli numérique (E).

A - Les nouveaux délits

Depuis une dizaine d'années, le droit a commencé à s'adapter aux nouveaux enjeux pratiques tels qu'apparus depuis le développement d'Internet d'abord et des réseaux sociaux ensuite. Pour ce faire, le législateur est intervenu ponctuellement pour faire évoluer les règles relatives aux infractions de presse en prenant en compte le support de l'expression (Internet) et en créant de nouvelles incriminations. Ces dernières appréhendent alors des comportements inenvisagés et inenvisageables au début du siècle.

S'agissant du délit de fake news, il s'agit d'incriminer la diffusion de fausses informations dans le but de désinformer le public notamment en période de campagne électorale. Ce comportement a notamment été observé à l'occasion des dernières élections présidentielles aux États-Unis et en France.

Il convient d'abord de rappeler que, depuis 2002, est réprimée la diffusion de fausses nouvelles d'une amende de 45 000€²⁶. Cette infraction n'étant pas adaptée aux fake-news en période pré-électorale, la législation a été modifiée en 2018 par l'insertion de l'article L.163-2 dans le Code électoral²⁷. Si le Code électoral²⁸ sanctionnait d'un an

²⁶ Art. L.27, LOI du 29 juillet 1881, modif. O. 19 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002

²⁷ LO, 22 décembre 2018 relatives à la lutte contre la manipulation de l'information ; Cons. const. 20 déc. 2018, n^{os} 2018-773 DC et 2018-774 DC pour une déclaration de constitutionnalité assortie de réserves portant sur le caractère "manifeste" du risque d'altération de la sincérité du scrutin

²⁸ Art. L.97, issu de l'O. 19 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002

d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende le fait, par des fausses nouvelles, de détourner des suffrages, la loi de 2018 incrimine quant à elle le fait de diffuser, de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive, sur Internet, des fausses informations. Elle permet, dans les trois mois précédant une élection, de saisir le juge judiciaire en référé afin qu'il soit mis fin à la diffusion des messages litigieux. S'agissant de l'application de ce texte, en l'absence de preuve quant à l'utilisation de « bots²⁹ » permettant une diffusion massive et automatisée d'un tweet, le comportement litigieux ne peut être sanctionné sur ce fondement³⁰.

L'objectif de cette nouvelle incrimination réside dans le fait d'empêcher que des informations « *inexactes ou trompeuses* [portant sur] *un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin* » se répandent. Il s'agit de protéger la vie démocratique en restreignant la liberté d'expression sur Internet, tout en protégeant cette dernière, c'est-à-dire en la restreignant de manière proportionnée.

S'agissant du cyber-harcèlement, il est incriminé depuis 2014³¹. Il convient toutefois de souligner que l'élément matériel de cette infraction peut être réalisé sur une page internet ouverte au public (ex, sur un blog ou sur un compte Facebook). En raison de la publicité du comportement, il semble alors intéressant de rattacher l'étude de cette nouvelle infraction au droit pénal de la presse. Si l'élément matériel est réalisé sans publicité (ex, par message privé sur un réseau social), alors l'étude de cette infraction demeure inchangée et tout aussi intéressante mais ne semble pas pouvoir être rattachée au droit pénal de la presse.

L'article 222-33-2-2 du Code pénal incrimine le harcèlement moral, aggravé par la circonstance que les faits aient été commis sur Internet. Modifiée en 2018³², cette incrimination est également constituée lorsque plusieurs personnes imposent chacune un seul propos ou un seul comportement (et donc ne commettent pas d'actes répétés). La répétition se caractérise alors par la multitude de messages publiés par les auteurs du harcèlement. Cette nouvelle rédaction permet donc de lutter contre les « harcèlements de meute » ou « raids numériques ». Aussi, l'article 222-33 du Code pénal, réprimant le harcèlement sexuel, a été modifié en 2018 dans le cadre de la lutte contre les raids numériques. La même précision quant à la caractérisation de la répétition a été apportée et la circonstance aggravante liée à l'utilisation d'internet a été ajoutée.

Ces deux infractions ne sont que des exemples, néanmoins symptomatiques, d'un phénomène plus large : la nécessaire prise en compte des comportements inédits se développant sur internet. En réalité, il s'agit d'incriminer des comportements qui, existant

²⁹ Abréviation de « robot » : logiciel exécutant des tâches automatisées, répétitives et prédéfinies.

³⁰ TGI Paris, 17 mai 2019, *Marie-Pierre Vieu et Pierre Ouzoulias c. Twitter et Christophe Castaner*.

³¹ LOI n°2014-873 du 4 août 2014, relative à l'égalité entre les femmes et les hommes

³² LOI n°2018-703 du 3 août 2018 relative à la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

dans la vie “physique”, n’étaient pas réprimés en raison de leurs faibles conséquences. Il semble possible de conclure que le législateur a choisi de réprimer ces comportements en raison du seul média par lequel les propos sont véhiculés et donc, en raison de l’ampleur prise par les comportements incriminés lors qu’ils se répandent à grande échelle sur internet. En sus des deux infractions détaillées, d’autres délits ont été édictés par le législateur. Tel est par exemple le cas du délit de consultation habituelle de sites apologétiques, qui n’est mentionné ici que pour mémoire en raison de son abrogation par le Conseil constitutionnel en 2017³³.

Ainsi, ces nouveaux délits viennent restreindre l’exercice de la liberté d’expression sur internet et tracer les nouveaux contours d’un droit de la presse modernisé, adapté aux enjeux numériques du XXI^{ème} siècle.

Même si le droit régit ce qui peut, ou non, être dit sur internet, cela n’empêche pas certaines personnes de publier toutes sortes de contenus illégaux. C’est pourquoi différents mécanismes ont été mis en place pour le cas où de tels messages contraires au droit seraient diffusés. Le premier et sans doute le plus célèbre est le signalement sur PHAROS.

B - Le signalement sur PHAROS

Il arrive que malgré les lois, **des contenus inappropriés se retrouvent sur internet**. Dans la plupart des cas, ils constituent des infractions. C’est le cas notamment des propos qui incitent à la discrimination et à la haine (en raison de l’orientation sexuelle, du genre, de l’origine par exemple), des propos qui incitent à la commission de certaines infractions, ou des propos qui font l’apologie de crime contre l’humanité.

Internet est un espace sans limite, et en constante évolution. Dès lors, il serait radicalement **impossible de scanner tout ce qui est publié à chaque seconde** pour identifier des contenus problématiques. De plus, la difficulté tient à l’ambiguïté de certains contenus, qui nécessite une intervention humaine pour juger de leur légalité.

³³ Cons. cons., 15 décembre 2017, n°2017-682, QPC : inconstitutionnalité de l’art. 421-2-5-2 C.pén. malgré sa réécriture par la LOI n°2017-258 du 28 février 2017 après une première décision d’inconstitutionnalité : Cons. cons., 10 février 2017, n°2016-611, QPC

Ainsi, il est apparu indispensable de mettre en place des modalités de signalement des contenus haineux ou, plus largement, inappropriés. Ainsi, la **plateforme PHAROS**³⁴ (Plateforme d'Harmonisation, d'Analyse, de Recoupement et d'Orientation des Signalements) a été mise en place pour centraliser les signalements : peuvent y être signalés tous les contenus (site, vidéo, photo, blog, message diffusé sur un réseau social, etc.), dès lors qu'ils sont contraires à la loi. La seule véritable limite tient au fait que les contenus doivent être publics (par exemple, il n'est pas possible de signaler un email qui nous est personnellement destiné).

La procédure de blocage des sites internet : En parallèle, dans le cas spécifique de l'apologie, de la provocation à un acte terroriste, ou de la diffusion de contenu pédopornographique, l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) peut demander au site et/ou à l'hébergeur de retirer le contenu et en informer la personnalité qualifiée de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Si le site ou l'hébergeur n'accepte pas de retirer le contenu sous 24 heures, l'OCLCTIC demande au FAI ou au moteur de recherches de supprimer ou déréférencer le contenu.

La personne qualifiée de la CNIL vérifiera alors si la demande est justifiée et si elle considère que ce n'est pas justifié, elle recommandera à l'OCLCTIC de mettre fin à l'irrégularité. Si ce dernier organisme poursuit la procédure, la CNIL pourra saisir un juge administratif³⁵.

Outre le signalement sur PHAROS, les plateformes ont aussi un rôle à jouer dans la suppression des contenus inappropriés sur internet.

C - Le retrait des contenus illicites

La loi du 24 juin 2020, dite AVIA visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, tend à renforcer la contribution des opérateurs de plateforme en ligne. Elle les obligeait à retirer les contenus haineux ou racistes, dans un délai de 24 heures et les contenus terroristes ou pédopornographiques, dans un délai d'une heure, après le signalement réalisé par les internautes. Si l'opérateur n'examine pas tous les contenus signalés, peu important

³⁴ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31979>

³⁵ <https://www.cnil.fr/fr/infographie-la-procedure-de-blocage-des-sites-internet>

leur nombre, il engage sa responsabilité pénale. Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions³⁶. Il considère que la loi porte une atteinte à la liberté d'expression qui n'est ni nécessaire³⁷, ni adaptée³⁸, ni proportionnée³⁹ au but poursuivi. Pour autant, si le législateur peut intervenir pour faire cesser les abus commis dans l'exercice de la liberté d'expression et qu'alors, la loi AVIA est légitime dans sa finalité, ses modalités sont excessives et partant, censurées par le Conseil.

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, dite séparatisme⁴⁰ reprend certaines des mesures censurées dans la loi AVIA. Elle impose de nouvelles obligations aux opérateurs pour lutter contre la haine en ligne. Ces derniers sont débiteurs d'obligations d'information ou de transparence notamment⁴¹. Un nouveau régime de modération des contenus illicites leur est imposé. Aussi, cette loi crée des procédures de traitement des demandes judiciaires et des obligations de coopération avec les services répressifs... L'ARCOM est alors chargée de superviser la modération mise en place par les plateformes et peut prononcer des sanctions financières en cas de manquement, allant jusqu'à 20 millions d'euros ou 6% du chiffre d'affaires mondial. Par la mise en place de ce dispositif, immédiatement après une première tentative relativement infructueuse, il est possible de relever la volonté du législateur d'imposer aux opérateurs de plateforme en ligne un réel contrôle de la licéité des contenus qui y sont publiés.

Pour lutter contre la pratique des sites miroirs, qui consiste à reproduire sur un autre site des contenus illicites bloqués ou déréférencés (cf. infra) par la Justice, une nouvelle procédure est mise en place par la loi du 24 août 2021, dite séparatisme. Certaines dispositions étaient prévues par un article de la loi Avia du 24 juin 2020 mais cette loi avait été en grande partie censurée par le Conseil constitutionnel⁴².

Par ailleurs, la loi du 16 août 2022 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère

³⁶ Cons. cons., 18 juin 2020, n°2020-801 DC

³⁷ Il existe un maillage suffisant d'infractions puisque, par exemple, la diffusion d'images pornographiques représentant des mineurs et la provocation à des actes de terrorisme sont des abus de la liberté d'expression et en tant que telles, des infractions pénales.

³⁸ Les délais imposés par la loi AVIA aux plateformes pour retirer les contenus signalés sont trop courts selon le Conseil. Alors, l'appréciation de l'illicéité des contenus signalés dépendra davantage de la volonté de l'administration que de leur caractère manifeste. Aussi, le Conseil considère que les opérateurs de plateforme risquent de retirer tous les contenus signalés, quant bien même ils seraient licites, dans le but de ne pas être sanctionné d'un an d'emprisonnement et 250 000€ d'amende en cas de manquement.

³⁹ Les peines encourues par les opérateurs de plateformes sont très (trop?) élevées, d'autant que n'a pas été résolue la question de savoir si chacun manquement fait encourir une nouvelle sanction ou si l'amende de 250 000€ peut être encourue en raison de multiples manquements.

⁴⁰ LOI n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, anticipant la transposition du futur Digital Services Act (DSA) européen.

⁴¹ Nouv. Art. 6-4, LOI n°2004-575 du 21 juin 2004, LCEN

⁴² <https://www.vie-publique.fr/loi/277621-loi-separatisme-respect-des-principes-de-la-republique-24-aout-2021>

terroriste en ligne à imposer aux éditeurs et hébergeurs du web un délai d'une heure pour supprimer les contenus terroristes d'internet, sous peine de sanctions⁴³.

On voit donc là poindre l'idée d'une responsabilité des acteurs d'internet relativement à ce qui y est publié.

D - Lutte contre la haine en ligne : la responsabilité des acteurs d'Internet

Les acteurs d'internet sont aussi nombreux que divers. Au vu de l'évolution de la législation en matière de lutte contre la haine en ligne, il semble possible d'affirmer que le droit positif tend, de plus en plus, à responsabiliser les acteurs d'internet, à renforcer leurs obligations et par là, à permettre la mise en oeuvre leur responsabilité dans des cas de plus en plus nombreux.

S'agissant des forums de discussion, la loi parle d' « *espace de contributions personnelles* ». En droit commun de la presse, le directeur de publication est responsable si le contenu publié est illicite. Sur internet, sa responsabilité pénale est conditionnée à sa maîtrise éditoriale du site. Soit il a la maîtrise éditoriale du site c'est-à-dire qu'il prend la décision de publier le contenu, alors il est responsable de plein droit. Soit il ne l'a pas, alors il n'est responsable que s'il a une connaissance effective du contenu illicite et qu'il le retire tardivement⁴⁴. Cette règle découle du devoir de surveillance qui s'impose au directeur de publication sur le commentaire litigieux et s'illustre par exemple lorsqu'un internaute publie un commentaire illicite sur un site internet. Soit le commentaire doit être approuvé avant d'être publié, alors le directeur de publication engagera sa responsabilité pénale. Soit le commentaire est directement publié (sans contrôle préalable) et alors, le directeur de publication n'engagera sa responsabilité que s'il a effectivement connaissance du commentaire et qu'il ne l'a pas retiré promptement. Ce dispositif est toutefois source de difficultés quant à la preuve de la connaissance effective mais les juges considèrent que le signalement d'un contenu suffit⁴⁵.

⁴³ <https://www.vie-publique.fr/loi/285972-loi-16-aout-2022-retrait-contenus-terroristes-sur-internet-dans-lheure>

⁴⁴ Art. 93-3, LOI n°82-652 du 29 juillet 1982, tel qu'issu de la LOI n°2009-669 du 12 juin 2009, dite HADOPI

⁴⁵ Cass. Crim., 3 novembre 2015, n°13-82.645

S'agissant des opérateurs de plateforme en ligne, ils sont définis comme toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, rémunéré ou non, un service de communication au public en ligne⁴⁶. Il s'agit des moteurs de recherche (Google, Yahoo ou Bing), des places de marché (Amazon, eBay, Airbnb, Leboncoin ou Blablacar), voire des sites de partage de contenus comme les réseaux sociaux (Facebook ou Instagram). En outre, les intermédiaires techniques sont soumis à un régime spécial de responsabilité, depuis 2004⁴⁷. D'une part, les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) offrent un accès à des services de communication au public en ligne (Free, Bouygues ou Orange). Ils ne pourront pas voir leur responsabilité engagée sauf exceptions. D'autre part, les hébergeurs assurent, pour mise à disposition du public sur un site, le stockage des écrits et messages fournis par les destinataires du service (Twitter, Facebook, LeBonCoin, etc). Ils ne produisent pas le contenu ni ne l'éditent et bénéficiaient donc d'une responsabilité allégée notamment parce qu'ils n'ont pas d'obligation générale de surveillance des contenus⁴⁸.

Enfin, l'année 2022 a été porteuse de nombreuses modifications du droit applicable en matière de responsabilité des opérateurs de plateforme. En particulier, le règlement européen sur les services numérique⁴⁹ vise une responsabilisation des plateformes. Ce règlement, dont il convient de rappeler l'effet direct, impose notamment aux plateformes de proposer un outil de signalement des contenus illicites. En cas de non-respect, des astreintes et des sanctions pourront être infligées aux plateformes, dont des amendes pouvant aller jusqu'à 6% de leur chiffre d'affaires mondial.

Ainsi, les acteurs d'internet peuvent voir leur responsabilité engagée. Mais cela ne permet pas de résoudre la situation dans laquelle des personnes voient des informations les concernant demeurer publiques sur internet. C'est pour cela qu'a été mis en place le droit à l'oubli numérique.

⁴⁶ LOI n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

⁴⁷ LOI n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

⁴⁸ S'agissant des fournisseurs d'accès à Internet : CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10 ; S'agissant d'un hébergeur : CJUE, 16 février 2012, *SABAM c/ Netlog*, C-360/10

⁴⁹ Le Digital Services Act du 19 octobre 2022, sera applicable en février 2024 voire dès 2023 pour les très grandes plateformes et moteurs de recherches.

E - Le droit à l'oubli numérique

Il arrive que des informations soient publiées sur internet à propos d'une personne, que ces informations aient été diffusées par la personne concernée ou par un tiers. Cependant, on sait bien que tout ce que nous postons sur internet peut nous échapper, et que même une suppression de l'information ne suffit pas à la faire disparaître complètement⁵⁰.

Ainsi, le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016⁵¹, plus couramment appelé RGPD (Règlement général sur la protection des données) prévoit dans son article 17 un « Droit à l'effacement («droit à l'oubli») ».

On distingue classiquement le droit au déréférencement et le droit à l'effacement comme composante du droit à l'oubli, même si le RGPD ne reprend pas cette distinction. Lorsque l'information est diffusée ou reprise par un tiers et accessible publiquement, ce droit à l'oubli peut être rattaché au droit de la presse.

1. Droit au déréférencement

Définition : Ainsi a été mis en place le droit au déréférencement, qui consiste à solliciter d'un moteur de recherche qu'il supprime certains résultats de recherche associés à nos nom et prénom lorsque les contenus accessibles *via* une recherche internet nous portent préjudice. Le moteur de recherche va ainsi supprimer le lien existant entre une information et la requête « nom prénom » que nous pouvons effectuer, sans toutefois supprimer l'information en elle-même sur le site internet. Par exemple, si un article de journal parle de nous, l'article ne disparaîtra pas du web mais il ne ressortira pas en recherchant avec notre nom.

Limites : Ainsi, l'information peut toujours être consultée, soit en allant directement sur le site concerné, soit en effectuant une recherche dans un moteur de recherche autre que par la requête « nom prénom » qui fera apparaître le site internet concerné. Seule la recherche par nom ne pourra pas aboutir⁵².

⁵⁰ <https://www.courrierinternational.com/article/1998/12/17/sur-la-toile-rien-ne-se-perd-rien-ne-s-oublie>

⁵¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE

⁵² <https://www.cnil.fr/fr/le-dereferencement-dun-contenu-dans-un-moteur-de-recherche>

De plus, en France, la loi ne prévoit pas un déréférencement au-delà du territoire européen, les informations sont donc toujours accessibles depuis d'autres territoires, y compris en passant par un VPN (Virtual Private Network). Autrement dit, l'utilisation d'un VPN peut permettre à quelqu'un en France d'avoir accès aux informations via une recherche « nom prénom » car il permet à l'auteur de la recherche en France de simuler sa présence dans un autre pays du globe.

Le moteur de recherche apprécie l'opportunité du déréférencement et recherche un équilibre entre la protection de la vie privée et des données du demandeur, et le droit à l'information des internautes⁵³. Certains éléments peuvent être pris en compte tels que la notoriété et la fonction de la personne concernée, l'âge au moment de la publication, la nature des contenus et notamment leur caractère dit « sensible », leur source, les conditions et la date de mise en ligne, les répercussions négatives de leur référencement pour la personne concernée, etc⁵⁴.

Recours en cas de refus : En cas de refus du déréférencement par le moteur de recherche, il est possible de contester la décision devant la CNIL ou le tribunal judiciaire. Ils apprécieront de nouveau l'opportunité du déréférencement.

2. Droit à l'effacement

En complément du droit au déréférencement, il existe un droit à l'effacement. Il s'agit de demander le retrait d'informations ou contenus nous concernant qui sont présents sur internet. Il peut encore une fois s'agir de tout type de données, mais ces données peuvent être soit disponibles sur internet (par exemple une photo sur un réseau social), soit conservées par un organisme quelconque, qu'il soit privé ou public (par exemple un article sur un blog qui serait ouvert au public). Là encore, la CNIL peut être saisie en cas de refus.

Adélie JEANSON-SOUCHON et Juliette SUSSOT



⁵³ <https://www.cnil.fr/le-droit-au-dereferencement-en-questions>

⁵⁴ <https://www.cnil.fr/le-droit-au-dereferencement-en-questions>

CONCLUSION – L'insuffisante malgré le maillage

Au regard de la place qu'occupe la liberté d'expression en droit français, et du régime spécial et autonome dont elle bénéficie par le biais de la loi de 1881, il paraît que l'ère numérique dépasse largement le législateur. Le maillage en vigueur semble insuffisant pour prévenir et réprimer toutes les atteintes manifestes à la liberté d'expression.

À titre d'exemple, les intelligences artificielles fondées sur des algorithmes qui censurent certains mots sont elles-mêmes impuissantes. C'est l'avènement des mots « caviardés » (= supprimer un passage, par exemple, écrire \$exe au lieu de sexe), rendant impossible la détection de certains mots interdits par les plateformes. A ce titre, ce système algorithmique peut même se voir contre-productif puisqu'avec cette censure automatique ; certaines personnes se voient censurées dans leur liberté d'expression alors qu'elles ont une vocation éducative. C'est le cas de l'éducation sexuelle, et c'est ce que déplore l'autrice/auteure Charline Vermont, qui a vocation à ouvrir les esprits et les éduquer au sujet de l'éducation sexuelle. Son contenu est systématiquement censuré. Il est de même pour de nombreux psychologues qui souhaitent échanger sur des thèmes spécifiques, tels que la mort, le suicide, même pour des victimes de viol qui souhaitent raconter leur histoire et qui s'expriment seules ou via des associations. L'algorithme est si rigide qu'il devient une sur-censure contre-productive et inefficace. Bien que certains mots prennent des ampleurs plus importantes (Cf Affaire Mila), les prétoires ne sont pas prêts et conçus pour accueillir ce contentieux qui dépasse le législateur. Malgré le maillage des différentes disciplines, des acteurs privés et publics, malgré le régime dérogatoire, et la consécration prééminente de la liberté d'expression, les textes actuels ne suffisent pas à canaliser le flux important d'atteintes.

Valentine PIC
