

La loi de 1881 « à l'épreuve d'internet » : fantasmes et réalités

Le serpent de mer refait surface. Ceux qui pratiquent le droit de la presse depuis plus de deux décennies ne s'en émeuvent plus. Il y a en effet périodiquement des tentatives parlementaires de remettre en cause la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, à raison, le plus souvent, de la trop grande protection qu'elle accorderait à la liberté d'expression, sous toutes ses formes(1). Le dernier avatar nous vient du Sénat qui, fort des bouleversements qu'entraîne internet, s'interroge sur la pérennité de la loi de 1881(2). La commission semble tenir pour acquis que les particularismes et le formalisme seraient un frein au bon déroulement du procès et aux droits des victimes. Dès les premières pages du rapport, on est frappé par la méconnaissance de ses auteurs sur la réalité du contentieux(3). Et au terme du rapport, ils émettent 18 propositions visant à toiletter, moderniser et améliorer la loi de 1881 pour la rendre plus effective aux publications sur l'internet. En réalité, les parlementaires s'attaquent au cœur même de la loi de 1881, et leurs propositions dépassent largement les seules publications sur internet, au point que l'adoption de certaines remettrait en question l'économie même de la loi de 1881, dont, pourtant, ils affirment en tête de leur rapport qu'il s'agit d'un « texte fondateur à préserver ». On distinguera parmi ces mesures, celles qui relèvent du toilettage attendu ou constituant des mesures sans réelle portée, celles qui concernent l'internet et relèvent tout au plus de vœux pieux, enfin des mesures qui défigureraient la loi de 1881.

1 – Le toilettage attendu ou sans portée

La proposition de voir spécialiser le contentieux en définissant un tribunal de grande instance par ressort de cour d'appel, exclusivement compétent pour juger des délits de presse(4), doit être approuvée ; même si, de fait, l'essentiel du contentieux se concentre devant quatre ou cinq chambres de la presse des principaux tribunaux correctionnels de France. Il en est de même de la suppression des myriamètres que doit respecter le délai de distance prévu à l'article 54 de la loi de 1881(5). Si les raisons invoquées dans le rapport ne sont pas très convaincantes, il est certain que cette règle n'est plus justifiée à l'heure où on ne se déplace plus à cheval pour aller d'un point du territoire à un autre. Voir harmoniser les quantums d'amende des différentes infractions posées par la loi de 1881, est également une bonne idée(6), même si le montant des amendes prononcées par les tribunaux est le plus souvent symbolique(7). La proposition visant à voir autorisées la composition pénale et la composition sur reconnaissance préalable de culpabilité pour les délits de presse serait, en théorie, la bienvenue. Elle serait, en fait, sans grande portée. Les contentieux de presse sont une affaire entre parties, lesquelles, lorsqu'elles n'ont pas réussi à se rapprocher, entendent le plus souvent voir juger l'affaire. Et, c'est toujours la relaxe qui est plaidée en défense. (8) La proposition visant à créer une peine complémentaire de diffusion de la décision condamnant le directeur de la publication sur son support de communication en ligne n'a pas non plus une

grande portée. En effet, ces publications judiciaires sont, le plus souvent, demandées par les parties civiles qui sont les seules légitimes à juger de l'opportunité de telles publications. En cas de condamnation, elles sont alors ordonnées par le tribunal, à titre de réparation complémentaire. L'instituer à titre de peine serait donc surabondant.(9)

2 – Les « vœux pieux » pour la mise au pas de l'internet

Les sénateurs proposent de limiter aux seuls auteurs des contenus professionnels l'application du régime de responsabilité prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, qu'ils présentent comme étant un système de « responsabilité en cascade »(10) A la vérité, on ne comprend pas très bien quel serait le sort des auteurs de contenus non professionnels, dont la loi autorise l'anonymat puisqu'ils ne sont pas soumis aux obligations de l'« ours électronique ». Il semble qu'il y ait eu une certaine confusion dans les explications apportées à ce sujet aux parlementaires. La proposition suivante(11) consiste à accroître le dispositif répressif des hébergeurs en cas de non conservation des données d'identification des auteurs, ou d'absence de réponse à une demande d'identification formulée par l'autorité judiciaire. En réalité, c'est moins la lourdeur de la peine, que l'impunité devant la loi française de la société d'hébergement qui est le frein en la matière, lorsque celle-ci réside dans un pays où nulle convention judiciaire n'autorise des poursuites devant le juge français. Les sénateurs n'ont pas ignoré la difficulté, puisque leur proposition suivante(12) consiste à demander que les dispositions s'appliquent à tous les prestataires étrangers ayant une activité, même secondaire, en France. C'est là une vraie difficulté que celle de ces sociétés américaines, dont la société éditrice des services qu'elles proposent est toujours la société américaine, et qui échappe aux poursuites en raison de la protection que leur offre le droit américain. Il est à craindre qu'une modification législative française n'y changerait rien, puisque le jugement qui les condamnerait n'y serait pas plus exécutoire. La proposition consistant à voir supprimer le délit des dénunciations abusives lors d'une notification de contenu illicite (13) est assez surprenante. En réalité ce délit n'a fait l'objet que d'une ou deux poursuites depuis qu'il a été posé par la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) de 2004. Il n'a donc jamais constitué un frein pour ceux qui mettent en œuvre le dispositif dit de notification de contenu illicite à la société d'hébergement prévu par cette loi. Son maintien nous paraît, en tout état, souhaitable, car les demandes de suppression sont toujours des entorses à la liberté d'expression ; et, elles supposent d'être faites légitimement, et non pas de manière abusive. La simplification du régime de notification de contenu illicite proposée ensuite(14) est là aussi assez surprenante. La notification prévue par l'article 6 de la LCEN est relativement aisée à mettre en œuvre. Elle offre des garanties sur l'auteur de la notification et sur la teneur exacte du message dont on sollicite la suppression. L'allègement souhaité risquerait d'entraîner des imprécisions qui seraient contraires à l'efficacité souhaitée par les auteurs du rapport. Les parlementaires entendent en outre voir préciser le statut des « nouveaux » acteurs d'internet(15). Il s'agit en l'occurrence des moteurs de recherche et éditeurs de réseaux sociaux. Cette précision serait inutile, puisqu'il s'agit des services s'apparentant en l'occurrence à des

hébergeurs, puisqu'ils stockent les messages et informations, sans en être les auteurs. C'est, de fait, ce que la jurisprudence a tour à tour jugé, pour les moteurs de recherche comme pour les réseaux sociaux(16).

3 – Les mesures qui défigureraient l'économie de la loi de 1881

Plusieurs propositions témoignent de la volonté profonde, de l'animus operandi, des parlementaires en la circonstance, car loin de ne s'intéresser qu'à l'internet, ils proposent tout simplement des mesures qui bouleversent l'équilibre « d'horloger »(17) de la loi de 1881. Il s'agit tout d'abord de revenir sur l'interdiction de requalification(18) par les tribunaux des faits dont ils sont saisis. Cette interdiction de requalification est en l'occurrence posée par la jurisprudence. Elle procède des droits de la défense, puisque les différents délits de presse ont des moyens de défense différents, notamment la diffamation, qui oblige le diffamateur, s'il veut voir établir la vérité des faits allégués de diffamation, d'offrir de prouver la vérité de ceux-ci dans le délai très court de 10 jours courant à compter de la date à laquelle la citation à comparaître a été délivrée. Revenir sur cette interdiction de requalification désorganiserait donc le procès de presse, tel qu'il se pratique depuis 1881. Il en est de même de la proposition(19) consistant à supprimer la règle selon laquelle le désistement du plaignant entraîne la fin des poursuites (posé à l'article 49 de la loi de 1881). La poursuite, sauf pour certaines infractions qui sont du ressort du ministère public, appartient à la partie civile. C'est la raison pour laquelle son désistement met fin aux poursuites, et ce, par exception aux principes de la procédure pénale. Revenir sur cette règle autoriserait donc un ministère public à continuer de poursuivre une diffamation alors même que le diffamé ne le souhaiterait plus. Outre que la situation paraît peu probable, ce serait créer un aléa de plus dans le procès de presse qui viendrait directement contredire les souhaits annoncés par les auteurs du rapport. Ce sont surtout les propositions faites(20) par les parlementaires visant à revoir le principe de la courte prescription, et le caractère instantané des délits, qui témoignent des réelles préoccupations des parlementaires. Ignorant la décision du Conseil constitutionnel(21) qui, en vertu du principe d'égalité, a considéré qu'un sort particulier ne pouvait être réservé à internet, différent de celui des autres supports traditionnels de publication, les sénateurs tentent de revenir sur la question. Allonger le délai de prescription pour toutes les publications en ligne, là où la surveillance est sans doute plus facile grâce aux moteurs de recherche et aux systèmes d'alerte qu'ils proposent, ne se conçoit pas au regard de l'égalité de tous devant la loi. Les sénateurs proposent en outre(22) de reporter le point de départ du délai de prescription au dernier jour de diffusion. C'est, de fait, rendre les délits de presse commis sur internet, imprescriptibles, puisqu'il n'y a, le plus souvent, aucune fin de diffusion. Tout ce qui a été mis en ligne le restant dans les archives du site. Et c'est revenir sur le principe selon lequel les délits de presse sont des délits instantanés, comme l'ont énoncé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2004(23), et la chambre criminelle de la Cour de cassation peu de temps auparavant(24). Les sénateurs proposent « à défaut, de considérer l'amélioration de la publicité d'un message comme une mise à mise de ce dernier et reporter en conséquence le point

de départ du délai de prescription à celle-ci ». On ne voit pas très bien quelle est « l'amélioration de la publicité d'un message » dont pourrait s'agir. Soit un message est accessible publiquement, soit il ne l'est pas. S'il s'agit de la modification de sa diffusion par un acte volontaire de l'éditeur, la jurisprudence, y compris pour la création de liens hypertexte, a posé les conditions dans lesquelles de telles modifications emportent réédition du message et, partant, font courir un nouveau délai de prescription.⁽²⁵⁾ Enfin, les deux dernières propositions témoignent à leur tour de la volonté du législateur de remettre en question la pérennité de la loi de 1881. La première vise à voir⁽²⁶⁾ la loi de 1978 sur les données personnelles primer sur la liberté d'information, et ce, sur le fondement du droit à l'oubli. Or, la Cour de cassation vient de le réaffirmer le contraire récemment⁽²⁷⁾. Sans doute cette question méritera-t-elle une modification législative, mais certainement pas dans les termes proposés par le rapport sénatorial qui, sur ce sujet, reste trop imprécis. Enfin, la dernière proposition⁽²⁸⁾ tend à permettre la réparation du préjudice sur le fondement de l'article 1382 du code civil ; et ce, en contradiction avec la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000 et de la décision du Conseil constitutionnel qui a considéré que l'application de l'article 53 aux procès civils n'était pas déséquilibrée⁽²⁹⁾. Cette proposition est évidemment la plus critiquable. Autoriser les parties, qui se plaignent, à se contenter du juge civil pour obtenir réparation sans respecter tout le dispositif de protection des droits de la défense, et donc de la liberté d'expression posée par la loi de 1881, revient évidemment à mettre celle-ci au rebut. Si l'on peut désormais se plaindre de diffamation, d'injure et autres sur le seul terrain de l'article 1382 du code civil, c'est-à-dire au seul motif de l'existence d'un préjudice, et d'une faute, mais laquelle ne serait plus alors qualifiée que par la seule subjectivité du juge, sans référence à des définitions légales, serait une telle aubaine pour les demandeurs qu'ils renonceraient bien volontiers à saisir le juge pénal. Une telle réforme ne saurait évidemment être acceptable. C'est en effet parce qu'elle est de nature pénale que la loi de 1881 est protectrice de la loi de la presse. Elle offre les garanties de la procédure pénale : prévisibilité et interprétation stricte dans l'infraction, oralité des débats, audition des témoins, et primauté des droits de la défense.

B.A. Annexe Les 18 propositions du rapport d'information "L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse à l'épreuve d'internet", 6 juillet 2016

Proposition n° 1 : Autoriser la juridiction saisie à requalifier les faits dont elle est saisie. Proposition n° 2 : Supprimer le principe selon lequel le désistement du plaignant entraîne la fin des poursuites. Proposition n° 3 : Spécialiser le contentieux en définissant un tribunal de grande instance par ressort de cour d'appel compétent pour l'instruction des délits de presse. Proposition n° 4 : Déterminer un délai fixe entre la citation et le jugement. Proposition n° 5 : Permettre la composition pénale et la composition sur reconnaissance préalable de culpabilité pour les délits de presse à l'exception des délits prévus aux articles 24 et 24 bis. Proposition n° 6 : Harmoniser les quantum d'amendes des différentes infractions prévues par la loi de 1881. Proposition n° 7 : Allonger le délai de prescription à un an pour les délits de diffamation, d'injures et de provocation à la discrimination, commis sur Internet. Proposition n° 8 : Reporter le point de départ du délai de prescription au dernier jour de diffusion d'un message ou, à défaut,

considérer l'amélioration de la publicité d'un message comme une mise à jour de ce dernier et reporter en conséquence le point de départ du délai de prescription à celle-ci. Proposition n° 9 : Limiter aux seuls auteurs de contenus professionnels l'application du régime de responsabilité en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982. Proposition n° 10 : Augmenter le quantum des peines encourues en cas de non-conservation des données d'identification des auteurs de contenus ainsi que les peines encourues en cas d'absence de réponse à une demande d'identification formulée par l'autorité judiciaire. Proposition n° 11 : Prévoir explicitement dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) que ses dispositions s'appliquent à tout prestataire, même étranger, ayant une activité même secondaire en France ou y fournissant des services gratuits. Proposition n° 12 : Supprimer le dispositif du 4 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) prévoyant la pénalisation des signalements abusifs de contenus illicites. Proposition n° 13 : Simplifier le régime de notification d'un contenu litigieux par un tiers à un hébergeur prévu au 5 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Proposition n° 14 : Préciser le statut des nouveaux acteurs d'Internet dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Proposition n° 15 : Augmenter le délai dont dispose une personne pour demander un droit de réponse sur Internet. Proposition n° 16 : Créer une peine complémentaire de diffusion de la décision condamnant un directeur de publication sur son support de communication en ligne. Proposition n° 17 : Permettre l'application de l'ensemble des droits associés à la libre disposition des données personnelles prévues par la loi du 6 janvier 1978, et notamment le droit à l'oubli. Proposition n° 18 : Permettre une réparation des préjudices nés des abus de la liberté d'expression sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun et exclure toute uniformisation des procédures d'assignation civiles sur les contraintes des dispositions répressives de la loi du 29 juillet 1881.

Auteur(s) :

Basile Ader - Avocat au Barreau de Paris

Notes de bas de page :

1. V. notamment, la loi du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881, commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap ; la loi du 21 décembre 2012 modifiant l'article 65-3 de la loi de 1881 pour étendre à un an le délai de prescription applicable aux délits de provocation au terrorisme, ... E. Derieux « Faut-il réformer la loi de 1881 », *Légipresse* n° 154, septembre 1998.
2. Point de vue et propositions sénatoriales sur « L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse à l'épreuve d'internet » Rapport sénatorial n° 767 du 6 juillet 2016. C'est aussi le titre d'une chronique déjà fort ancienne « La loi de 1881 à l'épreuve d'internet », Basile Ader, *Légipresse*, n° 142-II, p. 65-71.
3. Ce qui en réalité n'est pas vraiment surprenant lorsqu'on voit la liste des personnes qui ont été consultées, puisque n'ont été questionnés, même s'il ne s'agit pas des moindres, qu'un seul magistrat siégeant dans une chambre de la presse et un seul avocat...
4. Proposition n°3

5. Proposition n°4
6. Proposition n°6
7. celle qui mériterait en revanche d'être révisée est la contravention de première classe des délits de diffamation et injure non publique prévus à l'article R 621-1 et R 621-2 du code pénal.
8. Proposition n°5
9. Proposition n°16
10. Proposition n°9
11. Proposition n°10
12. Proposition n°11
13. Proposition n°12
14. Proposition n°13
15. Proposition n° 14
16. Les décisions sont d'ailleurs rappelées par le rapport TGI PARIS 20 avril 2010 pour Facebook, CA PARIS 12 juin 2013 pour Twitter, CA PARIS 26 janvier 2011 pour Google
17. Selon la jolie formule du Président Monfort.
18. Proposition n°1
19. Proposition n°2
20. Proposition n°7 sur l'allongement de la prescription, Proposition n°8 sur le délit continu, Proposition n°15 sur l'augmentation du délai d'exercice du droit de réponse.
21. Proposition n°8
22. Légipresse n°213 IV page 51
23. Cass. Crim. 30 janvier 2001 Légipresse 181 III p. 58 ; Crim 16 octobre 2001 Légipresse décembre 2001 III page 205. Voir sur la question de la prescription quelques rappels et réflexions sur la prescription en matière de presse Basile Ader Légipresse n° 2011 mai 2004 II, p. 100.
24. Crim. 6 janvier 2005, Bull. crim. n° 4 ; Civ. 1re, 5 juillet 2005, Bull. civ. n° 296 ; CA Nancy, 24 novembre 2005, JCP 207 IV 1106
25. Proposition n°17
26. Cour de cassation, 1re civ. 12 mai 2016, com. N. Verly, Légipresse n° 241.
27. Proposition n°18
28. Décision n°2013-311 QPC du 17 mai 2013 Légipresse n° 306, juin 2013.