

Paris, le 6 juillet 2016

**Observations du Syndicat de la magistrature devant la mission
d'information de la commission des lois du Sénat relative à la loi
du 29 juillet 1881 et Internet**

Sollicité par la mission d'information de la commission des lois du Sénat, le Syndicat de la magistrature présente des éléments de réponse aux questionnements de la mission, qu'il a détaillé dans les présentes observations. En matière de liberté d'expression sur internet, le Syndicat de la magistrature développe ses positions autour des lignes directrices suivantes :

- le refus qu'internet, lieu essentiel de l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion, puisse constituer une circonstance aggravante ou un motif d'exclusion du régime procédural protecteur de la loi du 29 juillet 1881,
- la défense du champ d'application et des équilibres procéduraux de la loi de 1881 afin que les règles procédurales garantistes s'appliquent pour déterminer si un propos ou une opinion relève de l'abus de la liberté d'expression et doit être sanctionné. Cela implique le refus que des délits soient exclus de la loi du 29 juillet 1881 pour intégrer le code pénal,
- la défense du rôle – et des moyens - du juge judiciaire, en sa qualité de gardien de la liberté individuelle, pour ordonner, en urgence notamment, le retrait d'un contenu (par opposition au blocage administratif des sites sans débat contradictoire préalable et à l'obligation de retrait pesant sur les hébergeurs, opérateurs privés),
- la réflexion sur une dépénalisation d'une partie des infractions de presse, afin que certains contentieux relèvent uniquement de la matière civile, tout en se voyant appliquer les règles procédurales de la loi du 29 juillet 1881.

L'ensemble de ces positions de principe sera ainsi décliné dans les réponses au questionnaire fourni par la mission.

Prescription

1/ La loi du 29 juillet 1881 prévoit déjà des durées de prescription variables, puisque si le droit commun de la prescription est de trois mois, cette durée est étendue à un an quand les actes en cause sont racistes, homophobes ou handiphobes. Serait-il opportun de prévoir que dans le cas d'une communication en ligne, ce délai soit allongé ?

Le Syndicat de la magistrature est défavorable à l'allongement des délais de prescription des infractions relevant de la loi de 1881 au motif qu'elles auraient été commises sur internet. Il relève tout d'abord qu'un tel allongement ne répond à aucune nécessité et contredit même les observations couramment formulées autour du fonctionnement d'internet, faisant référence à l'immédiateté de la diffusion d'une information et à son recul progressif à raison du référencement.

Cette proposition provient en réalité d'une perception déformée d'internet comme présentant une forme particulière de menace en matière d'abus de la liberté d'expression. Il convient pourtant de rappeler qu'internet est avant tout le lieu de l'exercice de la liberté de communication des pensées et des opinions. Cette réalité a été clairement affirmée dans la jurisprudence constitutionnelle française (décisions du 10 juin 2009 relative à la loi HADOPI), la jurisprudence européenne (Arrêt Yildirim contre Turquie : « *Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public* »). Cette dimension est mise en exergue par le Conseil d'Etat et la CNCDH (Commission nationale consultative des Droits de l'homme) dans leurs rapports respectifs (étude annuelle du Conseil d'Etat en 2014 et avis de la CNCDH du 12 février 2015 sur la lutte contre les discours de haine sur internet), cette dernière faisant d'internet « *l'un des instruments les plus précieux de l'un des droits de l'homme les plus précieux* ». La CNCDH relevait en outre que « *si la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) dispose en son article 10-1 que la liberté d'expression doit s'exercer « sans considération de frontière* », *c'est l'internet, et lui seul, qui a permis la levée effective des frontières* ». Internet doit donc bien être considéré comme l'instrument qui rend moins théorique le principe de la liberté d'expression en permettant l'expression de chacun.

Appliquer un régime plus sévère aux publications réalisées en ligne, à raison de l'effet démultiplicateur d'internet (par diffusion et stockage) procède d'une analyse à sens unique de l'impact de telles diffusions. Plusieurs éléments de fait, propres à internet, viennent appuyer cette affirmation. On les retrouve évoqués clairement dans l'opinion dissidente du juge Sajó rendue à l'occasion de l'affaire Feret c. France jugée par la CEDH. Celui-ci relevait ainsi que, par leur audience effective, la radio et la télévision constituent des médias de masse bien plus importants qu'internet, outre qu'ils diffusent des messages sans contre-argumentation possible, à l'inverse d'internet. Enfin, il soulignait – en écho à la jurisprudence de la Cour suprême américaine, qu'internet implique une recherche active d'information à la différence de la presse : « *Autrement dit, les opinions ne sont pas « imposées » comme elles le*

sont lors de la divulgation de documents papier ». Ces éléments viennent remettre en cause le postulat d'une plus grande « gravité » des abus de la liberté d'expression susceptibles d'être commis sur internet.

Le respect du principe de liberté d'expression et la prise en compte des caractéristiques propres à internet ne conduisent pas à mettre à l'abri de toute poursuite les abus de la liberté d'expression, mais bien à refuser de leur appliquer un régime juridique distinct, notamment sur le plan de la prescription.

L'article 6-V de la loi du 21 juin 2004 a prévu l'application de la prescription abrégée de la loi de 1881 dans les conditions de l'article 65, soit à compter de la première diffusion du message.

La brièveté de la prescription en matière de presse tient au caractère spécifique de cette matière. L'exposé des motifs de la loi de 1881 indiquait ainsi : *« Il est dans la nature des crimes et délits commis avec publicité, et qui n'existent que par cette publicité même, d'être aussitôt aperçus et poursuivis par l'autorité et ses nombreux agents. Il est de la nature des effets de ces crimes et délits d'être rapprochés de leur cause ».* La succession très rapide de contenus sur internet, qui viennent éclipser les précédents, permet de soutenir l'actualité de ce propos, malgré le changement d'échelle de la diffusion concernée. La brièveté du délai de prescription a également pu être rapprochée du caractère exclusivement moral du préjudice en matière de presse, de fait fugace. Enfin, la nécessité de ne pas suspendre les entreprises de presse à l'incertitude de poursuites constitue un élément important. Au fond et en dernière analyse, c'est bien la garantie de la liberté d'expression qui constitue le fondement de ce délai, ainsi que l'a jugé, au civil et au pénal, la Cour de cassation (2^{ème} Civ., 14 décembre 2000, Pourvoi N° 98-22.427 et Crim. 2 octobre 2001, pourvoi N°01-81.951).

Cette courte prescription vise en effet à assurer un équilibre entre la protection de la vie privée et de la réputation et celle de la libre expression. Saisie d'une affaire de diffamation sur internet, la chambre civile de la Cour de cassation a, dans une décision du 5 avril 2012 (N°11-25290) refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause cette règle. Elle a motivé la non transmission de la QPC dans les termes suivants : *« le délai de prescription institué par l'article 65, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 ne porte pas au droit à un recours effectif une atteinte excessive dans la mesure où il procède d'un juste équilibre entre le droit d'accès au juge et les exigences de conservation des preuves propres aux faits que réprime cette loi, ensuite, que dans les instances civiles en réparation des délits prévus par la loi du 29 juillet 1881, constitue un acte interruptif de la prescription tout acte régulier de procédure par lequel le demandeur manifeste son intention de continuer l'action engagée, même si cet acte n'est pas porté à la connaissance de la partie adverse elle-même ; »*

Suspendre à la menace de poursuites, civiles ou pénales, pendant une durée d'une année les discours au seul motif qu'ils ont été véhiculés sur internet nuirait aux équilibres actuels et constituerait une lourde remise en cause de la loi de 1881. Elle

aboutirait à une situation paradoxale : des particuliers, sans formation, ni expérience ou déontologie journalistiques, se verraient imposer un régime de responsabilité pénale et civile plus sévère que des professionnels.

2/ Une autre hypothèse pourrait consister à repousser le point de départ du délai de prescription. Est-ce souhaitable ? Dans ce cas, quel fait pourrait constituer ce point de départ ?

En matière de prescription, seuls la minorité de la victime au moment des faits (pour les infractions de nature sexuelle) et le caractère occulte ou dissimulé de l'infraction (en matière économique et financière principalement) constituent aujourd'hui des motifs légaux justifiant un report du point de départ de la prescription.

La particularité d'internet – et même la critique récurrente qui est formulée à son encontre – tient à la grande publicité qu'il est susceptible de conférer de manière immédiate à une information. Choix incohérent, le report du point de départ des délais de prescription doit être écarté pour les raisons invoquées à la précédente question.

C'est d'ailleurs l'avis majoritairement soutenu par la doctrine en 2001 à la suite de plusieurs arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation fixant son point de départ à la première mise à disposition sur le net, au nom de la défense du « *légalisme du droit pénal* ». La jurisprudence refuse ainsi de qualifier les délits de presse de délits continus lorsqu'ils sont commis sur internet. L'avocat général concluait ainsi devant la Cour en 2006 qu'il serait « *paradoxal que la diffusion planétaire en cours du mode d'information le plus libre et le plus souple qui ait jamais été mise en œuvre soit l'occasion d'un « verrouillage » de la procédure pénale qui rendrait quasi imprescriptible toute infraction commise sur le net alors que le droit à l'oubli et à l'apaisement resterait réservé aux formes les plus anciennes de la diffusion des opinions et des pensées* » (avis sur l'affaire jugée par la Chambre criminelle le 19 septembre 2006, pourvoi N° 05-87.230).

Il convient de souligner que la jurisprudence admet qu'une nouvelle publication par reproduction d'un texte déjà publié (qui doit impliquer une véritable décision du directeur de publication de mettre à nouveau l'information à disposition du public) fasse courir à nouveau le délai de prescription. Cette nouvelle publication interroge la doctrine et la jurisprudence et doit impérativement faire l'objet d'une interprétation restrictive, sauf à nier la nature spécifique de la prescription en cette matière.

Il importe enfin de rappeler que la tentative de reporter le point de départ de la prescription à la « date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message susceptible de déclencher l'une de ces actions » a été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2004, au motif que la différence de régime instaurée dépassait « manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique ».

Ainsi, aucun point de départ du report de la prescription n'est pertinent et le Syndicat de la magistrature y est opposé.

3/ Que pensez-vous de la tendance observée consistant à transférer dans le code pénal un certain nombre d'infractions relevant auparavant de la loi de 1881? Estimez-vous que des infractions supplémentaires pourraient y être transférées ? Au contraire, estimez-vous que certaines infractions relevant actuellement du code pénal devraient figurer dans la loi de 1881 ?

Dès l'examen de la loi du 13 novembre 2014, le Syndicat de la magistrature a exprimé sa critique très vive de l'exclusion de la loi du 29 juillet 1881 des faits d'apologie d'acte de terrorisme et de provocation à un acte de terrorisme. Initié par la loi du 21 décembre 2012 leur ayant appliqué une prescription annuelle, ce mouvement d'exclusion du régime de la loi du 29 juillet 1881 menace de s'étendre, malgré les dérives constatées dès le mois de janvier 2015 dans sa mise en œuvre. Ainsi, le recours aux procédures rapides de comparutions immédiates a démontré sa nocivité dans le domaine de l'expression et est incompatible avec la matière en raison notamment de l'incapacité à y procéder à un examen distancié des propos comme de l'appauvrissement des exigences jusqu'à présent retenues (par exemple sur le caractère public des propos).

Cette exclusion a procédé d'une analyse erronée portant à considérer des propos caractérisant un abus de la liberté d'expression comme ne pouvant pas bénéficier des dispositions procédurales protectrices de la loi de 1881. Le Syndicat de la magistrature avait dénoncé ce choix, qui ne permet pas de soumettre à ces règles procédurales garantistes les propos dont il appartient à la justice de démontrer au cas par cas, qu'elles relèvent bien de l'apologie ou la provocation du terrorisme et non pas des idées « *qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population* » (selon l'expression traditionnelle de la Cour européenne des droits de l'Homme). En effet, la loi de 1881 doit pouvoir être appliquée à tout ce qui relève de l'expression d'une opinion, même scandaleuse et donc même manifestement illicite, à charge pour le juge de déterminer, en appliquant les règles spécifiques, si les propos relèvent ou non de l'abus de droit et peuvent valoir condamnation (au pénal comme un civil).

Le Syndicat de la magistrature est donc hostile à toute nouvelle exclusion et revendique au contraire que les faits d'apologie et de provocation au terrorisme soient réintégrés à la loi du 29 juillet 1881, sans dérogation procédurale. Ainsi que l'a souligné la CNCDH dans son avis du 12 février 2015, « *la loi du 29 juillet 1881 définit, de manière subtile et évolutive, l'équilibre à maintenir entre la liberté d'expression qu'elle protège, et ses limites. C'est pourquoi, les infractions incriminant les discours de haine, abus de la liberté d'expression, présentent une spécificité telle, qu'il n'est pas permis de les intégrer dans le code pénal* ».

Le Syndicat de la magistrature tient notamment à rappeler son opposition à l'exclusion du régime de la loi du 29 juillet 1881 des infractions de presse à caractère raciste, antisémite ou homophobes. Si le gouvernement a pour l'heure repoussé une exclusion totale de ces infractions, il a proposé, dès le plan national 2015-2017 de lutte contre le racisme et l'antisémitisme, et désormais dans le projet de loi *Egalité et citoyenneté* en cours d'examen, des modifications lourdes du régime de la loi du 29 juillet 1881 pour les infractions de presse. Ce mouvement est contestable, en ce qu'il nuit aux équilibres de la loi de 1881 et dénie à certaines règles procédurales strictes leur fonction de protection de la liberté d'expression pour n'y voir que des contraintes dépourvues de sens.

A titre d'exemple, l'obligation d'articulation et de qualification juridique des infractions, par l'indication des textes n'est pas une pure trappe procédurale : elle vise à mettre la personne citée en mesure de connaître les éléments de faits et de droit dont elle va devoir répondre. Ce formalisme strict constitue une garantie pour l'exercice des droits de la défense. La Cour de cassation le rappelle : « *l'acte initial de la poursuite fixe irrévocablement la nature, l'étendue et l'objet de celui-ci* » ainsi que « *les points sur lesquels le prévenu aura à se défendre* ». S'agissant de la pénalisation (ou de la poursuite civile) de propos ou d'opinions, cette règle est fondamentale : elle fixe définitivement l'étendue des faits d'injure ou de diffamation et évite ainsi que de nouveaux griefs viennent s'ajouter en cours de procédure. La personne prévenue peut alors élaborer ses moyens de défense, sans se voir imposer une requalification ou une extension des propos concernés.

A l'inverse, le Syndicat de la magistrature est favorable à la dépénalisation d'un certain nombre d'infractions contenues dans la loi de 1881. Il s'agit notamment :

- des infractions visées à l'article 27, à savoir la publication de nouvelles fausses (...), faite de mauvaise foi, et ayant troublé ou été susceptible de troubler la paix publique, cette infraction étant aggravée, lorsqu'elle est « *de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre de la Nation* ». Cette infraction surannée ne se justifie pas et porte une atteinte trop vive à la liberté d'expression.

- des infractions de diffamation et d'injure simple, et de celles aggravées à raison de la profession de la victime : pour le Syndicat de la magistrature, ces faits doivent relever uniquement des tribunaux civils et de la réparation du dommage causé par le propos tenu, ce qui n'exclut évidemment pas l'application du régime procédural spécifique. Cette position est au demeurant conforme à celle du Conseil de l'Europe qui, aux termes de sa résolution 1577 (adoptée par l'Assemblée du Conseil de l'Europe le 4 octobre 2007) invitait les Etats à de la mesure en la matière, à n'ériger en infractions pénales que les infractions incitant publiquement à la violence, les discours de haine et négationnistes et « à définir plus précisément dans leur législation le concept de diffamation, dans le but d'éviter une application arbitraire de la loi, et de garantir que le droit civil apporte une protection effective de la dignité de la personne affectée par la diffamation », sans toutefois que le montant des dommages et intérêts vienne porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Le Conseil de l'Europe a clairement pris position en faveur d'une dépenalisation des faits de diffamation visant des personnalités publiques en ces termes : le Conseil invite « à *bannir de leur législation relative à la diffamation toute protection renforcée des personnalités publiques, conformément à la jurisprudence de la Cour , et invite en particulier (...) la France à réviser sa loi du 29 juillet 1881* »

- de l'outrage public envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du gouvernement de la République, prévu à l'article 37

- des faits de révélation d'une adoption plénière, prévus à l'article 39 quater, et ce d'autant plus que la sanction en est extrêmement lourde : 6 000 euros d'amende pour les premiers faits mais « *en cas de récidive un emprisonnement de deux ans pourra être prononcé* ».

- des faits d'organisation ou d'annonce de souscription pour indemniser des amendes, frais et dommages et intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, et ce, d'autant plus que ces faits sont punis de 6 mois d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende

- des faits de discrédit porté sur une décision de justice, qui relève en partie de l'application des dispositions de la loi du 29 juillet 1881. Cette infraction pénale constitue un obstacle à une nécessité démocratique : la critique de l'autorité judiciaire. La pénalisation des critiques les plus virulentes ne constitue pas une réponse souhaitable dans une démocratie.

Enfin, à défaut de dépenalisation de ce délit, la question se pose, pour les faits d'outrage à personne chargée d'une mission de service public et à personne dépositaire de l'autorité publique, à l'exclusion évidemment de tous ceux qui comporteraient des menaces, d'y appliquer le régime de la loi de 1881. En effet, ces faits sont assimilables à des injures et s'en distinguent par la seule personne visée.

Procédure

4/ Le droit commun distingue l'action civile de l'action publique ; toutefois, la loi de 1881 fait exception à ce principe. Serait-il opportun de revenir sur cette exception ?

Ainsi que le rappelle Pierre Guerder, dans son étude publiée au rapport annuel de la Cour de cassation en 1999, « *la loi du 29 juillet 1881 a été conçue comme une loi pénale* » en ce qu'elle prévoit à son article 45 que les infractions aux lois sur la presse sont déférées aux tribunaux correctionnels. Mais il rappelle ensuite que cette compétence n'est pas exclusive et que la victime conserve la maîtrise de son action, soit en l'exerçant conjointement à l'action publique, soit devant la juridiction civile. A l'exception des dispositions de l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881, qui ne permet

pas une action civile distincte de l'action publique pour les faits de diffamation envers les cours, tribunaux, les armées, les corps constitués et les administrations publiques et les diffamations concernant certaines personnes à raison de leurs fonctions (articles 30 et 31), le droit d'option existe.

Ayant rappelé qu'il estime que de nombreux faits (notamment les injures et diffamations simples) mériteraient de ne relever que de procédures civiles, le Syndicat de la magistrature estime que le droit d'option doit être ouvert. Il propose donc, à défaut de dépénalisation, l'abrogation l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881 afin que les parties puissent choisir en ces matières de n'agir qu'au civil sans qu'il soit besoin qu'une instance pénale soit initiée.

5/ Les frontières entre les infractions de la loi de 1881, l'atteinte à la vie privée ou l'atteinte à la présomption d'innocence vous semblent-elles suffisamment définies ?

Il n'existe pas de disposition pénale punissant l'atteinte générale à la présomption d'innocence, les seuls comportements punissables sont la diffusion de l'image d'une personne non encore condamnée, et faisant apparaître soit qu'elle porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, ou la réalisation, publication... de sondages sur la culpabilité (article 35 ter de la loi de 1881). Les autres atteintes à la présomption d'innocence ne seront punissables que si elles présentent les éléments constitutifs des infractions d'atteinte à la vie privée lesquelles, ne sont pas incriminées par la loi de 1881 mais par le code pénal et sont également circonscrites par exemple la captation d'image ou de parole à l'insu des personnes.

6/ Que pensez-vous de réserver le bénéfice des dispositions protectrices de la loi de 1881 aux seuls acteurs se pliant aux obligations prévues par celles-ci, relatives en particulier à la désignation d'un directeur de publication, la possibilité d'exercer un droit de réponse etc ?

Le Syndicat de la magistrature est hostile à une telle limitation du champ d'application de la loi de 1881, qui conditionnerait ses dispositions protectrices à une « responsabilité » et des « devoirs » particuliers. Ainsi, il n'est pas souhaitable de revenir sur les dispositions de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique qui distingue les professionnels des simples internautes non professionnels, et leur fait derniers pour seule obligation de ne pas indiquer de directeur de publication mais uniquement les références de leur hébergeur et de communiquer à ce dernier leurs éléments d'identification, tout en leur appliquant les règles procédurales protectrices.

7/ Le mécanisme de responsabilité en cascade, qui est un élément essentiel dans l'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 fonctionne-t-il bien sur internet ?

Le Syndicat de la magistrature rappelle que la responsabilité en cascade, qui est un élément favorisant les poursuites, est un élément essentiel de la loi du 29 juillet 1881, qui ne doit donc pas être décorrélé du formalisme procédural.

La CNCDH a toutefois fait remarquer, dans son avis du 12 février 2015, que les caractéristiques du web 2.0, rendaient difficile l'identification de l'auteur des propos litigieux et l'application de la responsabilité en cascade, notamment lorsque des sites reposent sur l'anonymat du directeur de publication et des auteurs d'articles.

Cependant, compte tenu des obligations qui pèsent alors sur les hébergeurs, le Syndicat de la magistrature est réservé sur la proposition d'élargissement de la liste des participants à l'infraction aux responsables de l'association ou de la structure sous-jacente au site web éditeur (évoquée dans l'avis de la CNCDH).

8/ La procédure de la loi de 1881 est protectrice de la liberté d'expression, en imposant des conditions de formalisme très strictes, à peine de nullité, interdisant ainsi toute correction en cours de procédure au regard des délais. L'allongement des délais de prescription ne pourrait-il pas être une solution ?

Le Syndicat de la magistrature défend, comme indiqué plus haut, les conditions de formalisme prévues par la loi du 29 juillet 1881 : le principe de légalité criminelle doit être d'autant plus exigeant qu' « *en matière de presse, la particularité du fait est d'être sujet à interprétation* », comme l'affirmait Pierre Guerrier dans son étude précitée, ajoutant que « *la courte prescription est un corollaire de la liberté de la presse* ». Il ne saurait être question de déconnecter ces deux règles essentielles : la procédure doit être engagée prestement et, dès le début de la procédure, les faits doivent être strictement articulés et qualifiés, pour assurer un véritable exercice des droits de la défense.

9/ Serait-il opportun d'unifier le contentieux relatif à la loi de 1881 au sein de quelques tribunaux, au regard des spécificités de la procédure et de sa complexité ?

De fait, une grande majorité des affaires de presse sont jugées par la 17^{ème} chambre du tribunal correctionnel de Paris, par des magistrats ayant acquis une grande expérience en ce domaine et qui appliquent une jurisprudence très fine et étayée en matière de liberté d'expression. La spécialisation peut ainsi s'avérer protectrice en ce domaine.

Le Syndicat de la magistrature est toutefois opposé aux processus de centralisation excessive des contentieux, d'autant plus dans une matière qui peut concerner des

« petits litiges ». Il est réservé quant à la possibilité intermédiaire visant à rendre compétentes certaines juridictions de taille moyenne à grande. La formation des magistrats aux règles techniques comme à l'esprit de la loi de 1881 est hautement préférable aux regroupements de contentieux dans certaines juridictions.

10/ Les liens hypertextes posent une question spécifique, serait-il utile de préciser leur statut et si oui, selon quelle orientation ?

La jurisprudence récente a eu à se prononcer sur le fait de savoir si un lien hypertexte était susceptible de constituer un acte de publication. Saisie d'un cas d'espèce impliquant des liens hypertextes, la juridiction parisienne a saisi la Cour de cassation pour avis en 2014, laquelle a dit n'y avoir lieu à avis au motif que la question supposait un « *examen des circonstances de l'espèce, notamment de la nature du lien posé et de l'identité de l'auteur de l'article, comme de son intention de mettre à nouveau le document incriminé à disposition des utilisateurs* » (Avis N°15008 du 26 mai 2014). Dans ses conclusions, l'avocat général rappelait que le fonctionnement d'internet s'appuyait sur l'existence de liens et de références entre plusieurs sites : « *établir un lien simple vers la page d'accueil d'un autre site paraît inhérent au fonctionnement même du web, qui est une toile de liens externes entre les différents sites. Ménager un lien vers un site qui peut être consulté par tous ne fait que faciliter l'accès à un espace de communication qui de toute façon est ouvert à tout internaute : à cet égard, la liberté de lier est de principe* ». Il se référait à une classification des liens (lien activable et lien automatique, lien simple et lien profond, lien interne et lien externe) et notait que, ni la directive 2003/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, ni la loi du 21 juin 2004 sur l'économie numérique ne définit de régime juridique de l'usage d'un hyperlien.

Il renvoyait ensuite à un examen au cas par cas de la nature du lien et de la manière dont il est utilisé : « *le lien hypertexte est un moyen : ce moyen a une fonction agrégative qui permet d'ajouter un contenu à un autre contenu ; au regard du droit de la presse, le fait de poser un lien et de rattacher un contenu à un autre ne paraît pas constituer en lui même un acte de publication. Mais la décision de publier un article qui intègre le lien hypertexte et son contenu rattaché est bien une nouvelle décision de publication* ». L'avocat général en concluait qu'un lien hypertexte pouvait constituer un nouvel acte de publication du texte initial, en relevant en l'espèce qu'il s'agissait d'un lien profond et que le poseur de lien avait eu connaissance du contenu litigieux de la citation. Il évoquait également la nécessité d'examiner s'il s'agissait d'une lien interne ou externe ou si l'auteur de l'article est éditeur du service de communication en ligne ou un internaute intervenant dans un espace de communication ouvert au public.

Le Syndicat de la magistrature appelle à la plus grande vigilance quant à l'appréciation du lien hypertexte – effectivement inhérent à internet – comme nouvel acte de publication faisant courir un nouveau délai de prescription.

Une incrimination générale par la loi de l'usage de liens hypertextes litigieux ne permettra pas une casuistique pertinente. La jurisprudence a vocation à interpréter avec rigueur cette notion, sauf à nier la spécificité du réseau, remettre en cause la liberté de lier sur internet et à rendre de fait imprescriptible les discours produits sur internet.

11/ La caractéristique de la procédure de la loi de 1881 rendant impossible tout filtre par le parquet a parfois pour effet d'entraîner une instrumentalisation des tribunaux ; au regard de l'augmentation du contentieux, cette situation se justifie-t-elle encore ? Si non, quelles solutions intermédiaires pourraient exister pour redonner au parquet une capacité d'action sans déséquilibrer la procédure actuelle ?

Si la réalité décrite par cette question n'est pas contestable, la solution envisagée l'est. En aucune matière, il n'est souhaitable de créer un mécanisme subordonnant une action pénale à la mise en mouvement de l'action publique par les magistrats du parquet, a fortiori en l'état de son statut. Les parties civiles doivent pouvoir engager une action devant le tribunal correctionnel sans obstacle. Le Syndicat de la magistrature estime toutefois, comme il l'a précédemment indiqué, qu'un certain nombre d'infractions de presse devraient être dépénalisées et ne relever que de la seule action civile, toujours soumise aux règles procédurales de la loi du 29 juillet 1881, ce qui réduirait ce contentieux devant les tribunaux correctionnels.

En tout état de cause, l'idée de réintroduire un « filtre » du parquet pour des considérations de gestion de flux et non pour améliorer la qualité d'une justice accessible, doit être combattue.

Appréciation générale sur les questions posées autour de la LCEN.

Sur les points relatifs à la LCEN, le Syndicat de la magistrature préfère exposer de manière générale sa position principalement sur la question des obligations des hébergeurs et fournisseurs d'accès à internet (questions 1,5,6,9,10)

L'article 6. I-7 de la LCEN impose aux hébergeurs de qualifier quels contenus sont illicites puisqu'ils ont l'obligation de signaler aux autorités publiques compétentes non seulement les « activités illicites » qui leur sont signalées par les internautes mais aussi celles qu'exerceraient les usagers de leurs services. Ils ont également l'obligation de retirer ces contenus, puisque la LCEN rend civilement et pénalement responsables les hébergeurs (et eux seuls) des contenus « **manifestement illicites** » dont ils auraient connaissance et qui ne seraient pas retirés. Les autres contenus soupçonnés d'être illicites peuvent être portés à la connaissance des hébergeurs par une notification beaucoup plus formelle (par exemple en matière de propriété intellectuelle ou d'atteinte à la vie privée).

Les évolutions législatives récentes ont considérablement accru ces obligations en étendant la liste des infractions concernées par cette procédure d'organisation de signalement et de retrait, le législateur déléguant toujours plus la censure des contenus à des entités privées, hors contrôle judiciaire.

Les hébergeurs et plateformes de dimension internationale ont mis en place des équipes de modération fonctionnant en continu pour étudier les contenus signalés par les internautes au moyen de formulaires en ligne, tant au regard de leurs conditions générales d'utilisation que de la loi française. Il semble que le taux de retrait de contenus manifestement illicites soit faible en proportion des signalements et notifications, y compris des autorités policières (hors demandes judiciaires) notamment lorsque ce contenu n'est pas identifié comme contraire aux conditions générales d'utilisation. Cette faiblesse peut trouver des explications dans la prudence indispensable en matière de liberté d'expression.

Pour ne donner qu'un exemple : les signalements pour apologie d'acte de terrorisme ne relèvent pas nécessairement de l'évidence. Ainsi, par exemple, une photographie ou une vidéo doit être appréciée au regard du texte qui l'accompagne, or les demandes de retrait peuvent ne viser que l'image par exemple, ou l'interprétation diffère selon le texte qui l'accompagne. Dans le commentaire de sa décision relative à la LCEN, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs soulevé ce problème en affirmant que « *la caractérisation d'un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste* ». Les risques de sur-censure de contenus sont réels, et ce d'autant plus dans un contexte marqué par la peur de la survenance d'actes terroristes et le développement de discours de haine, au risque de mettre en péril la sauvegarde des droits fondamentaux à l'expression et à l'information libres. L'absence de moyen de contestation ou de recours facilement accessible pour un utilisateur qui verrait son contenu retiré ou son compte bloqué ou désactivé à tort est un problème récurrent et qui déséquilibre plus encore ce dispositif. C'est bien au juge, saisi en urgence, que devrait revenir cette tâche de qualification juridique souvent très délicate, et non à des acteurs privés.

C'est ce que le Syndicat de la magistrature a soutenu à l'occasion de l'examen de la loi du 13 novembre 2014, pour s'opposer au blocage administratif de site, sans débat contradictoire préalable devant un juge. Cette appréciation vaut d'autant plus lorsque le retrait relève d'un opérateur privé.

Le Syndicat de la magistrature estime que l'appréciation du caractère manifestement illicite doit être réservé au juge judiciaire dans le cadre de procédures de référés dont les délais peuvent être fixés à très courte échéance.

Certaines organisations, comme la Quadrature du Net préconisent que la procédure de signalement et de retrait (*notice and takedown*) soit remplacée par une procédure de double signalement (*notice and notice*) dans laquelle l'hébergeur sert de relais entre celui qui signale et l'éditeur du message. A défaut de retrait dans un délai court par l'éditeur, l'hébergeur pourra notifier au plaignant qu'il peut saisir un tribunal. Pour les contenus relevant des catégories les plus graves, dont la liste devra être très limitée, la suspension provisoire d'accès au contenu devra être

privilégée, le temps que le litige soit tranché, soit par procédure amiable, soit par une procédure judiciaire rapide.

Par ailleurs, le Syndicat est hostile à la proposition d'opérer une distinction entre professionnels et non professionnels, en n'accordant pas à ces derniers une protection aussi forte que pour les journalistes professionnels (question 21). Une telle différenciation est contraire non seulement à l'esprit d'internet mais surtout à la protection de la liberté d'expression.