

Décision n° 2011-164 QPC

Du 16 septembre 2011

(M. Antoine J.)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 juin 2011 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 3877 du 21 juin 2011), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Antoine J. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code pénal ;

Vu la loi du 29 juillet 1881 modifiée sur la liberté de la presse ;

Vu la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 modifiée sur la communication audiovisuelle ;

Vu les arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 16 février 2010, n° 09-81064 et n° 08-86301 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour le requérant par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 19 juillet 2011 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 19 juillet 2011 ;

Vu les observations produites pour la société Distribution Casino

France par la SCP Piwnica et Molinié, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 2 août 2011 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Thomas Lyon-Caen pour le requérant, Me Emmanuel Piwnica pour la société Distribution Casino France et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 6 septembre 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle : « Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication au public par voie électronique, le directeur de la publication ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 93-2 de la présente loi, le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.

« À défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal.

« Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice.

« Pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du code pénal sera applicable.

« Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message » ;

2. Considérant que, selon le requérant, d'une part, les dispositions combinées des deuxième et dernier alinéas de l'article 93-3 précité ont pour effet de créer à l'encontre du producteur d'un service de communication au public en ligne une présomption de culpabilité en le rendant responsable de plein droit du contenu des messages diffusés dans un espace de contributions personnelles dont il est « l'animateur », même s'il en ignore le contenu ; que, d'autre part, elles méconnaîtraient le

principe d'égalité devant la loi pénale en traitant différemment, sans justification, le directeur de la publication et le producteur sur internet ;

3. Considérant qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ; qu'il en résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ; qu'en outre, s'agissant des crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ;

4. Considérant que les dispositions contestées désignent les personnes qui sont pénalement responsables des infractions, prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 précitée, commises par un moyen de communication au public en ligne ; que le directeur de la publication ou, le cas échéant, le codirecteur de la publication, ne peut être poursuivi que lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public en ligne ; que le dernier alinéa de l'article 93-3 précité prévoit, en outre, à certaines conditions, que, lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message d'un internaute diffusé par un service de communication au public en ligne, la responsabilité pénale du directeur ou du codirecteur de la publication n'est engagée que s'il avait connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès qu'il en a eu connaissance, il n'a pas agi promptement pour le retirer ; qu'à défaut, lorsque ni le directeur de la publication ni l'auteur ne sont poursuivis, le producteur est poursuivi comme auteur principal ;

5. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de cassation dans ses arrêts du 16 février 2010 susvisés, que la personne qui a pris l'initiative de créer un service de communication au public en ligne en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance peut être poursuivie en sa qualité de producteur ; que cette personne ne peut opposer ni le fait que les messages mis en ligne n'ont pas fait l'objet d'une fixation préalable ni l'absence d'identification de l'auteur des messages ;

6. Considérant qu'ainsi, il résulte des dispositions déferées que le créateur ou l'animateur d'un tel site de communication au public en ligne peut voir sa responsabilité pénale recherchée, en qualité de producteur, à

raison du contenu de messages dont il n'est pas l'auteur et qui n'ont fait l'objet d'aucune fixation préalable ; qu'il ne peut s'exonérer des sanctions pénales qu'il encourt qu'en désignant l'auteur du message ou en démontrant que la responsabilité pénale du directeur de la publication est encourue ; que cette responsabilité expose le producteur à des peines privatives ou restrictives de droits et affecte l'exercice de la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 ;

7. Considérant, par suite, que, compte tenu, d'une part, du régime de responsabilité spécifique dont bénéficie le directeur de la publication en vertu des premier et dernier alinéas de l'article 93-3 et, d'autre part, des caractéristiques d'internet qui, en l'état des règles et des techniques, permettent à l'auteur d'un message diffusé sur internet de préserver son anonymat, les dispositions contestées ne sauraient, sans instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale en méconnaissance des exigences constitutionnelles précitées, être interprétées comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne sont pas contraires à l'article 9 de la Déclaration de 1789 ;

8. Considérant que l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 susvisée ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

D É C I D E :

Article 1^{er}.– Sous la réserve énoncée au considérant 7, l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 modifiée sur la communication audiovisuelle est conforme à la Constitution.

Article 2.– La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 15 septembre 2011, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 16 septembre 2011.

Décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011

M. Antoine J.

(Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 juin 2011 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 3877 du 21 juin 2011), sur le fondement des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Antoine J. portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 modifiée sur la communication audiovisuelle.

Dans sa décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré cet article conforme à la Constitution avec une réserve d'interprétation.

I. – La disposition contestée

A. – Historique

L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 a été institué par l'article 17 de la loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985¹. Il a pour objet de transposer, dans le champ de la communication audiovisuelle, le régime de responsabilité dite « en cascade » prévu par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Il était à l'origine constitué, en substance, des quatre premiers alinéas actuels mais ne visait alors que la communication audiovisuelle.

Cet article a été modifié par l'article 2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette modification a substitué à la notion de « *communication audiovisuelle* », celle de « *communication au public par voie électronique* ». Cette notion recouvre à la fois la communication audiovisuelle (radio et télévision) et la communication au public en ligne (internet). C'est donc la réforme de 2004 qui, consacrant la jurisprudence de la Cour de cassation, a jugé que l'article 93-3 est applicable à internet.

¹ Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle, dite « loi DDCA »

La dernière modification résulte de l'article 27 de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite « HADOPI I », qui a complété l'article 93-3 par un alinéa spécifique à la responsabilité du directeur de publication d'un site internet.

La loi du 13 décembre 1985 a été déclarée conforme à la Constitution, à l'exception du paragraphe II de son article 3, par la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985. Toutefois le Conseil constitutionnel n'a, dans cette décision, pas « *spécialement examiné* » son article 17 et, en tout état de cause, l'article 93-3 ne comportait pas encore les dispositions introduites par la loi du 12 juin 2009. Si les lois du 21 juin 2004 et du 12 juin 2009 ont également été soumises au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*, les dispositions visées par la présente QPC n'ont été ni examinées ni déclarées conformes à la Constitution.

B. – L'objet de la disposition

Le régime de responsabilité « en cascade » prévu par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 tente de répondre à la difficulté que peut rencontrer la victime d'une infraction commise par voie de presse pour identifier l'auteur. Afin de protéger la victime contre l'anonymat de certains articles, il place en première ligne de responsabilité le directeur de la publication ou l'éditeur dont le nom et les coordonnées figurent obligatoirement dans l'ouvrage ou le journal.

Sa transposition dans le domaine de la communication électronique conduit à placer en première ligne le directeur de publication puis, à défaut, l'auteur du message et, à défaut, le « producteur ».

Toutefois, à la différence du régime de la presse écrite, qui soumet le directeur de la publication à un régime de responsabilité de plein droit fondée sur l'idée qu'il a donné son aval à la publication ou l'édition et en a donc endossé la responsabilité, le régime de la communication électronique prévoit que le directeur de la publication connaît un régime de responsabilité doublement atténué.

D'une part, selon des dispositions applicables de façon générale à la communication électronique, le directeur de la publication ne peut être poursuivi qu'en cas de « fixation » du message. Ce terme technique, qui trouve son origine dans la communication audiovisuelle, exclut le « direct » : les propos tenus « en direct » par un auditeur ou un téléspectateur n'engagent pas la responsabilité pénale du directeur de la publication. Cette notion de « direct » est transposable à internet lorsque, notamment dans le cadre d'un forum de discussion qui ne fait

pas l'objet d'un contrôle (ou « modération ») *a priori*, les messages des internautes sont mis en ligne en temps réel.

D'autre part, suivant une recommandation du Forum des droits sur internet² qui regrettait que cet état du droit conduise à alourdir la responsabilité des éditeurs de site les plus vertueux, ceux qui se sont donné les moyens d'exercer un contrôle *a priori*, et à exonérer ceux qui ont fait l'économie d'un tel contrôle, la loi du 12 juin 2009 a, en ajoutant le dernier alinéa de l'article 93-3, institué un régime de responsabilité pénale du directeur de la publication même dans le cas où il n'y a pas eu de « fixation ». Dans le cas où « *l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel* » (le « forum de discussion »), le directeur de la publication peut s'exonérer de sa culpabilité soit en prouvant qu'il n'avait pas connaissance du message, soit en prouvant qu'il a agi diligemment lorsqu'il en a eu connaissance.

II. – La question posée

Si la QPC portait sur la totalité de l'article 93-3, le requérant mettrait en cause ses deuxième et cinquième alinéas en ce qu'ils prévoient deux statuts distincts pour le *producteur* du site internet qui se voit imposer une responsabilité subsidiaire comme auteur principal, et le *directeur de la publication* qui, lui, ne peut voir sa responsabilité engagée que dans des conditions protectrices.

Il contestait le fait que le statut du producteur ait pour conséquence, s'agissant des sites de discussion en ligne, de pouvoir faire condamner son simple animateur pour les propos contenus dans des « messages en ligne » « postés » par des internautes auxquels le forum est ouvert sans possibilité, pour lui, de bénéficier de la même protection que le directeur de la publication³ y compris lorsque le message n'a pas fait l'objet d'une « fixation préalable ».

Dans son avis devant la Cour de cassation, l'avocat général résumait ainsi l'enjeu d'une question touchant au premier chef les animateurs, également appelés « administrateur » ou « modérateur » bénévoles de blogs, lesquels ouvrent souvent un forum de discussion et « *qui paradoxalement, voient leur*

² « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ? », Forum des droits sur internet, Recommandation du 8 juillet 2003 :

<http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-quelle-responsabilite-pour-les-organisateur-de-forums-de-discussion-sur-le-web.html>.

³ Dont l'existence a été rendue obligatoire par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique mais que les sites non professionnels ne sont pas tenus de porter à la connaissance du public en vertu du 2 du paragraphe III de l'article de cette loi.

responsabilité pénale engagée dans des conditions plus sévères que celle des animateurs professionnels pour les contributions dont ils n'ont pas nécessairement la maîtrise ».

La difficulté avait été identifiée par la doctrine. Certains pensaient que, dans le cas d'un forum de discussion sans modération *a priori*, la loi du 12 juin 2009 conduirait à une inflexion de la jurisprudence qui permettrait de traiter le producteur comme le directeur de la publication⁴. La décision du 16 février 2010 de la Cour de cassation a montré qu'il n'en a rien été⁵. Par suite, en cas de poursuite, l'accusation se trouve dispensée d'établir la preuve de l'intention ou de la négligence du producteur qui ne peut, dans certains cas, combattre une présomption alors même qu'il n'est pas l'auteur du message et qu'il en ignorait l'existence avant sa diffusion.

Ainsi, la doctrine pénaliste la plus critique a soutenu que la personne poursuivie comme « producteur » est confrontée à une responsabilité pénale « de plein droit », *« fondée, en réalité, sur l'existence d'une véritable obligation de résultat, cette responsabilité étant encourue par le fait même qu'un dommage est résulté de la communication au public de messages en temps réel »* et que *« c'est précisément le caractère automatique d'une telle responsabilité qui fait difficulté et suscite le doute sur la pertinence du système mis en place par le législateur »*⁶. L'idée est également défendue par le professeur E. Dreyer qui note : *« on peut s'inquiéter du mécanisme prévu par ce texte : c'est en effet une responsabilité pénale purement objective qu'il consacre. Il s'agit d'une*

⁴ B. Beigner, B. de Lamy et E. Dreyer, *Traité du droit de la presse et des médias*, LGDJ, 2009, § 1121.

⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 février 2010, n° 09-81064 et 08-86301.

⁶ J. Francillon, « Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion) », *Revue de science criminelle*, 2010 p. 635-640, lequel a vraisemblablement inspiré la saisine des requérants par cette chronique : *« Il est en outre permis de s'interroger sur un second point, sachant que la présomption d'innocence est un principe à valeur constitutionnelle (Déclaration de 1789, art. 9) et que le dispositif légal ici envisagé est susceptible de lui porter atteinte. Le Conseil constitutionnel pourrait en effet avoir à répondre dans un proche avenir à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) si celle-ci était soulevée par un justiciable à l'occasion de poursuites pénales fondées sur l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 et dirigées contre le gestionnaire d'un site pris ès qualité de producteur Il a d'ailleurs été récemment interrogé sur la conformité à la Constitution de la présomption de culpabilité établie par la loi dite « Création et Internet » du 12 juin 2009 (« HADOPI 1 ») à l'encontre des abonnés soupçonnés d'actes de piratage (système dit de la « riposte graduée » au téléchargement illégal). Les auteurs de la saisine avaient estimé que ce dispositif revenait à instituer une présomption irréfragable de culpabilité à l'encontre de l'abonné et en avaient déduit qu'une atteinte caractérisée avait été portée par le législateur aux droits de la défense. Or on sait que le Conseil leur a donné raison, les conditions auxquelles la validité du texte était subordonnée - caractère réfragable de la présomption, respect des droits de la défense, faits induisant raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité - ne lui ayant pas semblé réunies (Cons. const. 10 juin 2009, déc. n° 2009-580, JO du 13 juin 2009 - V. cette Revue 2009, p. 609 et s., pour une analyse de la décision et les références jurisprudentielles et doctrinales). Mutatis mutandis il pourrait être conduit, s'agissant cette fois du contrôle a posteriori de la loi déferée, à se prononcer dans le même sens en ce qui concerne l'article 93-3 de la loi modifiée du 29 juillet 1982. Certes, cela supposerait que le requérant ait réussi à franchir un premier stade, celui du filtre qu'assure la Cour de cassation. Mais, outre le fait que la question mériterait d'être posée en raison de l'importance de l'enjeu, il semble bien que les conditions fixées par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'article 61-1, nouveau, de la Constitution soient remplies. »* (p. 639).

responsabilité sans faute puisqu'elle ne repose pas sur un défaut de surveillance imputable au producteur : la prestation fournie par celui-ci est d'ailleurs antérieure à la commission de l'infraction. Il répond a posteriori du risque qu'il a créé en ouvrant le site litigieux ! Toutefois, le risque n'est pas un fondement substituable à la faute en matière pénale. La contamination du droit civil est ici détestable. Une question prioritaire de constitutionnalité mériterait d'être posée. »⁷

III. – L'examen de la constitutionnalité de la disposition contestée

A. – Les griefs

Le requérant invoquait :

- les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce que la disposition critiquée créerait une présomption de culpabilité et qu'elle permettrait d'imputer à une personne, ne saurait-elle rien du contenu des messages diffusés sur son blog, une infraction à la loi du 29 juillet 1881 sur la presse en réalité commise par d'autres ;
- l'article 6 de la même Déclaration, en ce que cette même disposition méconnaîtrait le principe d'égalité en traitant différemment et sans justification le directeur de la publication et le producteur sur internet ;
- l'article 8 de la Déclaration de 1789, du fait de l'imprécision de la notion de « producteur ».

B. – Analyse des griefs d'inconstitutionnalité

1. – Sur l'absence de définition de la notion de producteur

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe de légalité des délits et des peines et l'exigence de précision de la loi pénale qui en résulte, est ancienne, constante et abondante : *« aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789, "nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée" ; il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en terme suffisamment clairs et précis*

⁷ E. Dreyer, « Droit de la presse et droits de la personnalité », *Dalloz*, 2011, p.780 ; voir également « Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers », *Dalloz*, 2010, p. 2206-2210.

pour exclure l'arbitraire »⁸. En particulier, l'infraction est édictée en méconnaissance du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines si la détermination de son auteur est incertaine⁹.

La notion de producteur de service en ligne n'est pas définie par le législateur. Certes, l'article L. 132-23 du code de la propriété intellectuelle définit le producteur d'une œuvre audiovisuelle comme « *la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* ».

Cette définition date de 1957, son application à internet ne va donc pas de soi. Toutefois, la Cour de cassation a, en 1988 pour le minitel, puis, ultérieurement, pour internet, veillé à cette transposition. Le producteur d'un site internet, notamment d'un blog, est défini par la jurisprudence de la Cour de cassation comme celui qui a « *pris l'initiative de créer un service de communication au public par voie électronique en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance* »¹⁰.

Certains commentateurs de la jurisprudence de la Cour de cassation jugent cette position cohérente, « *puisque'en créant un blog, une personne accepte d'assumer une obligation générale de surveillance et, donc, une responsabilité pour manquement à cette obligation chaque fois qu'un message communiqué au public cause un dommage à un tiers* »¹¹.

Cette jurisprudence fidèle à la lettre de l'article 93-3 met en lumière le saut logique qui est accompli lorsqu'on passe de la notion de producteur dans un dispositif de communication audiovisuelle ou de communication au public en ligne, où l'information est délivrée par le site, à un dispositif de communication où l'information provient des utilisateurs eux-mêmes et alors que la fixation préalable n'est pas obligatoire (qu'il s'agisse des blogs, des forums de discussion ou des sites dits « participatifs » : wikis, réseaux sociaux – *Twitter, Facebook* –, tchat, sites de partage de contenus multimédia – *Youtube, Myspace*...). Ainsi, on a pu se demander s'il n'y avait pas « *une incompréhension de la notion de producteur* »¹². Le producteur ou l'animateur du forum se borne en effet à créer les conditions qui permettent de donner la parole à d'autres personnes que lui. La rédaction de la disposition incriminée aboutit donc à attribuer cette qualité de producteur d'œuvre à un producteur de

⁸ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 7.

⁹ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 30.

¹⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 16 février 2010, n°09-81064.

¹¹ P. Chaumont, A. Leprieux, E. Degorce, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Chambre criminelle », *Dalloz*, 2010, p. 1663 s.

¹² B. Beigner, B. de Lamy, E. Dreyer, *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, 2009, § 1121.

service. Le producteur se retrouve assimilé à un directeur de la publication dans la mesure où le producteur de *service* (la conception et la maintenance du forum) devient un producteur de *contenu* dont il endosse la responsabilité, y compris pénale, alors même que, d'une part, il n'est pas exclu qu'il ne soit pas « animateur » du forum d'expression en ligne et, d'autre part, qu'il n'existe aucun mécanisme correcteur semblable à celui qui existe pour le directeur de la publication qui viendrait atténuer sa responsabilité.

La disposition en cause ne constituait en définitive pas une méconnaissance du principe de précision de la loi pénale : telle qu'interprétée par la Cour de cassation, la loi permet d'identifier précisément la personne qui peut être poursuivie. Il n'y a pas d'ambiguïté sur ce point. La question qui restait posée, en revanche, était celle du régime de responsabilité pénale institué.

2. – Sur la présomption de culpabilité

a) La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel juge de façon constante qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration de 1789, « *qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* »¹³.

Concernant les présomptions de culpabilité en matière répressive, outre leur caractère exceptionnel et le fait qu'elles concernent avant tout la matière contraventionnelle, la jurisprudence du Conseil pose donc trois conditions cumulatives :

- la présomption ne doit pas revêtir de caractère irréfragable ;
- le respect des droits de la défense doit être assuré ;
- les faits doivent induire raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité.

¹³ Décisions n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 17 et 18, n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *loi d'orientation et de programmation sur la performance de la sécurité intérieure*, cons. 35, 38 et 39 et n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur*, cons. 5.

Le Conseil constitutionnel n'a jamais statué sur la question de la responsabilité « en cascade ». En revanche, il a statué sur deux questions de responsabilité sur internet qui sont intéressantes pour la présente QPC.

– La loi pour la confiance dans l'économie numérique a défini le régime de responsabilité des hébergeurs à raison des informations stockées à la demande des destinataires des sites. Elle a exclu cette responsabilité lorsqu'il n'est pas établi que les hébergeurs avaient connaissance du caractère illicite de ces informations ou qu'ils n'ont pas réagi promptement. Examinant ces dispositions, le Conseil a formulé une réserve destinée à assurer que la responsabilité des hébergeurs ne pourrait être engagée que dans des cas où ils auraient manqué à une obligation qu'ils étaient effectivement en mesure de respecter. Dans sa décision précitée n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil a jugé *« que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déferée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent ; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ; que, sous cette réserve, les 2 et 3 du I de l'article 6 se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer ; que, par suite, les griefs invoqués par les requérants ne peuvent être utilement présentés devant lui »* (cons. 9).

– Dans le cadre de l'examen de la loi « HADOPI I » précitée, le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif qui permettait de suspendre l'abonnement à internet d'une personne en raison des actes de contrefaçon commis à partir de son adresse internet dans la mesure où le titulaire était la seule personne susceptible de faire l'objet de la sanction instituée (la coupure d'accès prononcée par la HADOPI), que le manquement sanctionné se déduisait de l'existence d'un acte de contrefaçon commis à partir de cette adresse et que le titulaire de l'abonnement n'avait d'autre solution, pour s'exonérer de sa responsabilité que de démontrer que la contrefaçon provenait de la fraude d'un tiers. Le Conseil a jugé *« qu'ainsi, en opérant un renversement de la charge de la preuve, l'article L. 331-38 (du code de la propriété intellectuelle) institue, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit »*¹⁴.

¹⁴ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, précitée, cons. 18.

b) L'examen du caractère réfragable de la présomption

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui considère que les présomptions de culpabilité édictées en vue de prévenir la diffusion de messages diffamatoires ou injurieux dans les médias ne peuvent être établies que dans des « *limites raisonnables* » : « *La Cour rappelle (...) que la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit en matière pénale. Elle oblige néanmoins les États "à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil" : ils doivent "les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense" (arrêt Salabiaku, pp. 15-16, § 28) "*, et que donc " eu égard à l'importance de l'enjeu – il s'agit de prévenir efficacement la diffusion dans les médias d'allégations ou imputations diffamatoires ou injurieuses en obligeant le directeur de la publication à exercer un contrôle préalable – la Cour estime que la présomption de responsabilité de l'article 93-3 de la loi de 1982 reste dans des " limites raisonnables " requises »¹⁵. Toutefois, cette jurisprudence a été rendue à propos de la présomption de responsabilité du directeur de la publication qui, on l'a vu, bénéficie d'un régime protecteur. Tel n'est pas le cas du producteur.

De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que les dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne heurtent pas le principe de la présomption d'innocence posé par l'article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁶, une telle décision a été rendue à propos du directeur de la publication et seulement en tant que la loi lui ménage « *la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve de la bonne foi de l'auteur des propos ou de l'absence de fixation préalable du message litigieux* »¹⁷, possibilité inexistante pour le producteur.

Dans ses observations en défense de la disposition contestée, le Secrétariat général du Gouvernement soutenait que la présomption, en l'espèce, n'était pas irréfragable. Il faisait valoir, premièrement, que les hébergeurs ont l'obligation de conserver la communication des données permettant d'identifier les auteurs des contenus diffusés sur les sites et de tenir ces informations à la disposition de la justice, deuxièmement, que le producteur peut voir sa responsabilité écartée au profit de celle des auteurs qui les précèdent dans la cascade des responsabilités et, troisièmement, que le producteur conserve la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve de sa bonne foi.

Cette argumentation n'a pas convaincu le Conseil constitutionnel.

¹⁵ CEDH, 30 mars 2004, Radio-France c/France, n° 53984/00, § 24.

¹⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 17 décembre 1991, n° 90-83534 et 23 février 2000, n° 90-83-278.

¹⁷ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 2009, p. 432.

– S’agissant de l’identification de l’auteur, à supposer qu’une enquête soit réalisée, son aboutissement repose sur la coopération des fournisseurs d’hébergement et des fournisseurs d’accès, laquelle n’est pas acquise, en particulier lorsque les prestataires techniques sont situés à l’étranger. Les investigations se heurtent également aux possibilités techniques, sans cesse renouvelées, offertes aux utilisateurs de préserver leur anonymat (ne serait-ce que par la possibilité d’envoyer anonymement des messages depuis un poste en libre accès public). La possibilité d’identifier les auteurs des messages au moyen des données de communication conservées par les opérateurs techniques est trop incertaine pour constituer une garantie.

– En outre, dans le mécanisme de responsabilité en cascade de la presse écrite, la mise en cause subsidiaire des responsables (imprimeur, vendeurs, distributeurs...) n’est admissible que parce que vient en première ligne une responsabilité de plein droit du directeur de la publication aisément identifiable : au moment où il intervient dans le processus de publication, l’imprimeur ou le vendeur n’a, en définitive, qu’à vérifier que le nom du directeur de la publication figure bien sur l’ouvrage ou l’imprimé dont il assure l’impression ou la diffusion. Il n’a pas à procéder à un contrôle du fond. S’il est poursuivi pour diffamation en sa qualité alors qu’il avait vérifié que le nom du directeur de la publication figurait bien sur l’ouvrage, il lui suffira, pour s’exonérer, de désigner le directeur de la publication ou l’auteur.

Dans le cadre de l’article 93-3 appliqué aux forums ou autres sites « participatifs », la possibilité de s’exonérer est bien plus délicate : la mise en cause du directeur de publication est plus restrictive que celle des responsables subsidiaires et la mise en cause de l’auteur est aléatoire compte tenu de la possibilité d’un anonymat des messages postés sur internet.

– S’agissant de la bonne foi, le Conseil constitutionnel a déjà refusé de prendre en compte, en droit de la presse, l’argument selon lequel elle pourrait contrebalancer l’interdiction de rapporter la preuve d’un fait exonératoire de culpabilité¹⁸.

Dans le système des forums de discussion ne faisant pas l’objet d’une modération *a priori* ou des sites participatifs (qui ne sont nullement interdits par la loi), l’immédiateté de la mise en ligne devrait faire obstacle à ce que le producteur du site soit soumis à la même responsabilité pénale que l’auteur du message. À défaut, compte tenu du régime de responsabilité dont bénéficie le directeur de la publication et de la possibilité que l’auteur demeure anonyme, la

¹⁸ Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*.

disposition instaure, en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789, une présomption de responsabilité pour des faits commis par autrui dont il pouvait ignorer l'existence et sans que puisse être pris en compte son comportement lorsqu'il a eu connaissance du message.

Le Conseil constitutionnel a donc formulé une réserve d'interprétation pour que l'article 93-3 de la loi du 29 janvier 1982 ne puisse pas être interprété comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne.

Sous cette réserve d'interprétation, cet article a été déclaré conforme à la Constitution.