



Ilana Soskin

Le droit de la presse résiste à l'internet

A part quelques exceptions, le droit de la presse s'est très bien adapté à l'internet. De rares adaptations ont été introduites, par exemple pour les espaces de contributions personnelles. L'augmentation exponentielle des propos diffusés sur ce media a cependant un impact sur le contentieux, qui touchait essentiellement les personnes publiques. Aujourd'hui, il peut concerner tout le monde. Or, le droit de la presse est un droit très technique, qui suppose une vraie expertise. Ilana Soskin évoque les évolutions impulsées par internet, la problématique du déréférencement sur les moteurs de recherche des propos déjà prescrits, l'allongement du délai de prescription pour les infractions liées au terrorisme. Mais elle ne croit pas que l'extension du délai de prescription à un an pour certaines infractions soit une menace, à terme, pour le droit de la presse et elle reste opposée à la mise en place de deux régimes distincts suivant qu'il s'agit de la presse papier ou de l'internet.

Sylvie Rozenfeld : Ilana Soskin, vous pratiquez, entre autres, le droit de la presse depuis de nombreuses années. Vous êtes titulaire du DESS Droit du numérique et nouvelles techniques de Paris XI de Pierre Sirinelli, dans lequel vous enseignez aujourd'hui. Vous assurez notamment un module de dix heures consacré au droit de la presse. On a admis depuis les débuts de l'internet grand public que le droit de la presse était applicable à ce nouveau média. Est-ce qu'il y a des particularités qui se sont dégagées de la pléthorique jurisprudence liée aux contenus en ligne ?

Ilana Soskin : Sur le fond, non. Il y a eu des adaptations du droit de la presse à l'internet, notamment sur la question de la chaîne de responsabilité et du rôle du site - hébergeur ou éditeur. Les premières problématiques ont consisté à déterminer si le site était un hébergeur ou un éditeur avec une responsabilité spécifique à chacun des deux cas prévus par la LCEN. Concernant les éditeurs, les spécificités d'internet ont concerné la question de la détermination de la fixation préalable, ou pas, du contenu ainsi que, pour les espaces de contributions personnelles, de la promptitude de l'éditeur à supprimer un contenu notifié comme illicite. Pour la presse papier, on sait que le directeur de la publication effectue un contrôle a priori sur ce qui va être publié, et va exercer une fixation préalable déterminant la cascade de responsabilité. Concernant internet, la question principale est de savoir si les propos ont été publiés sous le contrôle du directeur de la publication du site ou de son producteur, ou bien en dehors de son contrôle. C'est essentiellement à cet égard que des spécificités juridiques textuelles ont dû être adoptées, notamment l'article 93-3 de la loi de 1982, qui permet de déterminer le régime de responsabilité applicable aux commentaires publiés sur des espaces de contributions personnelles. L'article 93-3 est l'une des spécificités de l'internet. En dehors de cela, les particularités tiennent à la preuve à rapporter pour démontrer le caractère public des propos et la date de publication qui fait courir le délai de prescription. La preuve doit être rapportée de manière certaine. Si le constat d'huisier n'est pas requis à titre obligatoire, il est néanmoins plus sécurisant.

Internet n'a donc pas eu d'incidences sur le droit de la presse en général.

L'appréciation du caractère diffamatoire ou injurieux d'un propos reste approximativement la même, bien que les juges se montrent parfois moins sévères envers les internautes non professionnels ou les blogueurs. En dehors de cela, les différences tiennent essentiellement

à la cascade de responsabilité et à l'imputabilité des propos sur internet. Est-ce que la personne qui tient les propos en cause est auteur ou complice ? Est-ce que le directeur de la publication joue un rôle dans les textes publiés sur son site ?

Est-ce que ce droit particulier, avec ses règles très rigides - je pense notamment à la procédure -, est bien adapté à internet ?

La difficulté se pose essentiellement pour le délai de prescription. En dehors d'infractions spécifiques pour lesquelles le délai a été porté à un an (comme les infractions à caractère raciale), le délai est de trois mois. Or, sur internet les propos ne sont souvent connus des victimes que lorsqu'ils sont référencés sur les moteurs de recherche. Si on n'intervient pas dans le délai impératif de trois mois, on ne peut plus faire supprimer ces textes litigieux qui restent visibles sur internet. Effectivement, il y a des difficultés à faire réparer les infractions de presse. La loi sur la liberté de la presse est très rigoureuse sur le plan de la procédure et cela me paraît néanmoins indispensable car c'est une loi de liberté d'expression, le pilier de notre démocratie. C'est pour cela qu'on exige que les poursuites soient encadrées, que les faits soient articulés dans les actes introductifs d'instance, etc. Du reste, il y a beaucoup de décisions qui sont gagnées sur des points de procédure et de nullité. Selon moi, cet encadrement strict, notamment du point de vue de la procédure, est un garant de la liberté d'expression.

Mais en dehors du délai de prescription qui pose problème, il n'y a pas de raison d'avoir une loi différente pour internet. La loi est complètement adaptée à ce média, malgré une augmentation exponentielle des propos publiés en ligne. À une époque où l'on ne poursuivait que les parutions papier, les procédures étaient moins importantes et ne ciblaient pas le simple particulier. Les articles de presse concernaient essentiellement des personnes connues ou jouant un rôle dans

« La loi sur la liberté de la presse est très rigoureuse sur le plan de la procédure et cela me paraît néanmoins indispensable car c'est une loi de liberté d'expression, le pilier de notre démocratie. »

la société civile ou politique. Aujourd'hui, les parutions peuvent toucher de simples particuliers, du coup on assiste à une multiplication des propos qui pourraient être de nature diffamatoire ou injurieuse. Or, le citoyen ne sait pas qu'il doit agir vite et saisir un avocat pour poursuivre les imputations qui le concernent.

Les actions judiciaires ont-elles augmenté ?

Oui, je ne sais pas si le contentieux augmente de manière significative, il faudrait interroger la 17^{ème} chambre du TGI de Paris. Ce que je peux dire en revanche, c'est que je suis de plus en plus saisi par de simples particuliers qui souhaitent faire retirer des contenus injurieux ou diffamatoires à leur endroit. D'autant plus quand ils sont référencés sur les moteurs de recherche.

De plus en plus, ils font attention à ce que l'on dit sur eux. La plupart du temps, il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'au contentieux, des notifications de contenus aux hébergeurs ou aux éditeurs suffisent à faire supprimer des contenus, ou des actions en déréfèrement auprès de Google suffisent à limiter le préjudice.

On sait qu'à partir du moment où un lien n'est plus référencé, le préjudice sera très largement diminué.

Je constate néanmoins dans la pratique de tous les jours que ce ne sont plus nécessairement des personnes connues ou publiques qui viennent me saisir mais des particuliers ou des sociétés. Par ailleurs, le volume des contentieux a augmenté en termes de saisine sur des questions touchant au déréfèrement sur Google pour des propos qui sont diffamatoires ou injurieux mais parfois prescrits.

Une seconde voie procédurale, après la prescription ?

Il y a un débat relatif à la possibilité de demander le déréfèrement à Google alors que les propos sont prescrits. C'est une vraie question car les contenus qui concernent des personnes peuvent aussi donner lieu à des demandes de déréfèrement sur le fondement de la loi de 1978 puisque ce sont des données à caractère personnel. Se pose ainsi la question de l'articulation de la loi sur la presse et de la loi Informatique et libertés.

Quand un fait porte atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne, les tribunaux considèrent que la loi de la presse doit s'appliquer en priorité. Est-ce que le déréfèrement n'est pas une illustration du contraire ?

Ce n'est pas le contraire mais nous avons un droit qui se superpose à l'autre et non pas qui intervient alternativement ou à la place de.

La complexité de la procédure n'incite-t-elle pas les victimes à se détourner de ce droit ou à ne pas agir ?

La procédure est en effet dissuasive car nous sommes dans une société où l'on fait primer la liberté d'expression.

Vous avez évoqué la responsabilité liée aux commentaires. La loi Hadopi I a introduit une responsabilité limitée du directeur de la publication d'un site, calquée sur celle de l'hébergeur, concernant les commentaires postés par les internautes sur l'espace de contribution personnelle. Il y a très peu de jurisprudence sur ce texte. Cette mesure était-elle nécessaire ?

Elle était nécessaire mais pas indispensable puisque le critère de fixation préalable peut trouver à s'appliquer sur internet. On aurait pu continuer à avoir

des décisions où le tribunal aurait recherché à s'assurer que le producteur ou directeur de la publication du site a exercé son contrôle préalable sur la parution de l'article, auquel cas sa responsabilité serait ou non engagée. Sur les commentaires, cela aurait pu se manifester par le principe de la modération a priori. Si tel avait été le cas, on aurait été enclin à considérer que le directeur de la publication, par la voie de son modérateur, avait effectivement effectué une fixation préalable et décidé de laisser publier le contenu. Dans ce nouveau

texte, peu importe qu'il y ait ou non modération. Ce n'est plus ce critère qui va primer mais celui de la connaissance ou non du caractère illicite. Cela fait sens quand on sait le nombre extrêmement important de commentaires qui sont

publiés. Ce n'est pas à la portée de n'importe quel site de contrôler tous les commentaires et en plus ça ralentit la diffusion d'une parole libre. C'est une réponse pratique, et plus économique, qui permet de laisser une grande liberté aux internautes pour donner leur point de vue. Ce n'est qu'à partir du moment où il y aura une notification que le propos pourra être supprimé. Mais de mon point de vue, le critère de la fixation préalable était pertinent, mais pas forcément adapté au modèle économique des sites internet. Ce d'autant que les sites ont un intérêt économique à la publication des commentaires, qui les font vivre. Plus il y en a, plus les articles sont lus, plus cela valorise la publicité. On s'exonère d'un critère de fixation préalable, l'article 93-3 ne s'appliquant qu'en cas de notification, ce qui entraîne une déresponsabilisation du directeur de publication du site qui ne réagit qu'après notification. Il peut ainsi vivre de contenus parfois haineux ou raciste, en profitant de leur buzz, tant qu'il n'a pas reçu de notification. Le critère de la fixation préalable demandait, en revanche, une logistique plus importante. L'article 93-3 répond donc à un besoin pratique et économique mais pas juridique.

Et est-ce que le système fonctionne ?

Pour les acteurs majeurs de l'internet et des médias, cela fonctionne très bien. Ce n'est pas toujours le cas des petits sites ou des forums. Mais le contentieux est assez mince au regard du nombre de commentaires publiés.

Dans un arrêt du 16 juin 2015, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, le fait que l'éditeur d'un portail d'actualités sur internet soit jugé responsable des commentaires haineux déposés par les internautes, ne porte pas atteinte à sa liberté de communiquer des informations. Elle a ainsi approuvé la position des juridictions estoniennes qui avaient tenu pour responsable le portail professionnel et commercial Delfi, en prenant en compte le caractère extrême des commentaires en cause, le fait qu'ils aient été laissés en ligne

« En dehors du délai de prescription qui pose problème, il n'y a pas de raison d'avoir une loi différente pour internet. »

pendant plus de six semaines, l'insuffisance des mesures prises pour les retirer et le montant minime de la condamnation. Quel est l'impact de l'arrêt Delfi sur notre droit, s'il y en a un ?

L'arrêt Delfi est très intéressant, mais il serait difficilement transposable dans notre droit interne, compte tenu justement de l'existence de l'article 93-3. Nous sommes dans un système répressif, donc dans un système pénal avec un principe d'interprétation stricte de la loi. S'agissant des commentaires, cet article prévoit que les propos doivent être retirés à partir du moment où le directeur de la publication en a eu connaissance. Sa responsabilité est engagée s'il n'a pas agi promptement. Ce critère de connaissance est posé par un texte pénal, donc d'interprétation stricte. L'arrêt Delfi, bien que rendu au civil, va très au-delà de ce texte puisqu'il dit que le responsable du site aurait dû avoir connaissance des propos compte tenu du modèle économique et du fonctionnement du site. En droit pénal français, je ne suis pas certaine que l'on puisse passer de la condition « d'avoir connaissance » à celle d'« aurait dû avoir connaissance ». Delfi a un modèle économique reposant sur

la publicité générée par les pages vues et les commentaires et incite les internautes à publier et à commenter. Selon la Cour, il doit avoir la possibilité de contrôler les contenus et l'exercer a priori. Dans cette affaire, le site avait spontanément supprimé certains conte-

nus. Il fonctionne par ailleurs avec des mots clés racine, qui permettent de repérer des contenus non désirés. Or, l'arrêt retient que les propos étaient haineux et pas difficiles à identifier en tant quels. Il pose donc en principe que Delfi aurait dû avoir connaissance de la teneur de ces contenus, d'autant plus que le buzz était important.

Un peu de loin, cette décision m'a fait penser à l'arrêt eBay de la Cour de la cassation du 3 mai 2012, par la manière dont elle a été rendue. Pour écarter la qualité d'hébergeur d'eBay, la Cour avait retenu que le site qui proposait, de manière automatique, aux internautes des formules pour les annonces, des renvois vers des objets similaires ou identiques, avait un rôle moteur et impulsant dans le choix des internautes à enchérir sur des objets, et la manière de rédiger des annonces. eBay ne pouvait donc pas être qualifié d'hébergeur car il participait activement aux actions des internautes. Il aurait dû avoir connaissance des produits contrefaisants vendus sur sa plateforme.

Ce qui est sûr, c'est qu'en matière de presse, la décision ne pourrait pas être rendue, à moins de démontrer, de manière certaine, que le site a exercé un contrôle préalable, donc une fixation préalable, sur les commentaires publiés. S'il n'y a pas de fixation préalable et que le contenu n'a pas été porté à la connaissance du directeur de la publication, il y a une zone

hybride qui ne donne pas prise à une condamnation en droit français.

Désormais se prescrivent par un an, et non plus en trois mois, les injures, la diffamation et les provocations relatives au sexe, à l'orientation ou l'identité sexuelle ou au handicap de la victime, ou la provocation concernant l'appartenance ou la non-appartenance de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, lorsque la provocation se rapporte à des actes de terrorisme ou à leur apologie. Une proposition de loi adoptée par le Sénat en 2008 se proposait d'étendre à un an le délai de prescription relatif à toutes les injures, diffamations ou provocations commises sur internet.

Ce délai d'un an n'est-il pas en train de devenir la norme pour les contenus en ligne ? Est-ce souhaitable ?

Si on étend ce délai aux infractions telles que l'injure ou la diffamation, des infractions de « droit commun », cela pose problème. Si un article serait publié dans Le

Monde papier, on aurait trois mois pour agir et s'il serait diffusé sur internet, le délai passerait à un an. Pour les médias traditionnels, cet allongement n'a pas lieu d'être. Par ailleurs, il faut le même délai de prescription pour tous les supports de diffusion.

En revanche, cet allongement

à un an a fait sens pour les sites anonymes, pour les forums sur lesquels on n'est pas forcément vigilant quant aux propos qui pourraient être tenus. Mais de manière générale, un régime différencié de prescriptions représente une atteinte aux droits de la défense. Je ne suis donc pas favorable à cette extension du délai sur internet.

Pour les infractions de presse classiques. En revanche, pour les autres dont le délai est allongé ?

Cela ne me paraît pas choquant car cela tient à la nature de l'infraction qui revêt une gravité plus importante, car le caractère diffamatoire ou injurieux est motivé par des considérations liées à l'appartenance d'une partie à une religion ou à ses origines. Cela vaut pour internet et pour la diffusion papier, il n'y a pas de régime différencié en fonction des supports.

La LPM a introduit un nouvel article dans le code pénal, l'article 421-2-5 qui punit désormais de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende «le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes». Ainsi, ce délit sort du droit de la presse, ce qui permet de sanctionner les faits beaucoup plus lourdement et d'étendre

« Il y a un débat relatif à la possibilité de demander le déréférencement à Google alors que les propos sont prescrits.. »

le délai de prescription à trois ans. N'est-ce pas le début de la fin du droit de la presse ?

Concernant les infractions liées à des actes de terrorisme, elles diffèrent du droit de la presse car nous ne sommes pas dans la liberté d'expression. Il s'agit de propos haineux qui sortent du cadre de ce qu'on a le droit de dire ou pas. Ils peuvent être jugés directement dans le cadre de la procédure pénale de droit commun et, en comparution immédiate. Par exemple, les propos de Dieudonné affirmant « *je me sens Charlie Coulybaly* » sortent de la liberté d'expression, ce qui a été jugé par le TGI et la cour d'appel de Paris. Aujourd'hui, nous savons que la propagande terroriste fait son nid sur internet. Il me semble donc que nous devons avoir des mesures répressives adaptées pour ces cas qui sortent du champ de ce qu'on a le droit de dire ou pas dire.

N'est-ce pas une porte ouverte à la limitation du droit de la presse ? On a vu ce processus d'élargissement progressif du champ d'application d'un texte avec le fichier des empreintes génétiques qui, au début, ne concernait que les crimes sexuels.

Je ne le pense pas car c'est circonscrit à des délits bien délimités. A mon sens, le droit de la presse n'est pas menacé.

Assigner en justice peut provoquer des effets indésirables, notamment l'effet Streisand, en donnant une publicité à une publication qui n'en aurait peut-être pas eu. Conseillez-vous toujours d'agir en justice ? Ou bien, prenez-vous en compte l'effet Streisand ?

En matière de diffamation, je prends systématiquement en compte les cas d'espèce, car le procès n'est pas forcément de celui de la personne qui diffame mais de celui qui est diffamé. Le défendeur bénéficie de l'exception de bonne foi, de celle de vérité. Et au final, la tenue du procès va consister à démontrer que la personne poursuivie était dans son bon droit d'avoir tenu de tels propos. On va donc vérifier si les affirmations de leur auteur sont vraies. Je mets toujours en garde mes clients, surtout quand ce sont des hommes politiques ou des membres de la société civile, sur les effets pervers du procès qui va rendre publique l'affaire et qui va consister à aller fouiller dans les faits qui sont en cause. Il arrive que la procédure se transforme en un procès à charge contre la personne diffamée. Je prends donc toujours en considération le buzz que va faire la procédure et les effets sur la personne diffamée ou injuriée. On ne mène donc pas un tel procès comme on le fera dans une procédure en contrefaçon par exemple. Parfois, il faut cependant arrêter l'hémorragie et agir de manière ciblée sur les propos tenus pour faire

supprimer les contenus en cause. Mais il peut aussi être préférable de ne pas agir, suivant le cas d'espèce, la notoriété de la personne et le caractère plus ou moins grave des propos tenus.

Il existe aussi des actions non contentieuses, comme la notification de contenus auprès des hébergeurs, sont-elles efficaces ?

Oui. Globalement, nous parvenons à de bons résultats. Certains ne retirent pas systématiquement. Après, il existe des procédures non contentieuses mais qui restent néanmoins judiciaires pour demander et contraindre un site à supprimer des propos, notamment en ayant recours aux procédures sur requête. Ces ordonnances qui ne sont pas contradictoires permettent d'aller voir l'hébergeur ou l'éditeur du site avec une décision de justice rendue par un magistrat. Ce qui les rassure. On peut comprendre qu'ils ne veuillent pas s'ériger en juge du contenu.

Et le déferencement Google comment se passe-t-il ?

Les particuliers ont la possibilité de faire une demande amiable, via le formulaire en ligne. Les statistiques mises en ligne récemment par Google montrent qu'il supprime plus de 40% des liens qui lui sont notifiés. Soit moins d'un sur deux, ce qui n'est pas énorme. Après, nous les avocats, nous avons des moyens plus ciblés. Je m'adresse à Google avec une ordonnance qui les exécute assez facilement.

Vous êtes avocat auprès de la Cour pénale internationale. Un engagement personnel ?

Oui, c'est un engagement personnel militant et citoyen qui répond à un autre engagement personnel auprès des victimes du Darfour du régime d'Omar El-Béchir au Soudan, et maintenant auprès des victimes d'actes génocidaires qui sont perpétrés par le gouvernement de Khartoum. Le président soudanais est sous le coup de deux mandats d'arrêts de la Cour pénale internationale, pour génocide et crimes contre l'humanité. Il s'agit de défendre les victimes d'actes graves dont on ne s'occupe pas beaucoup ou sur lesquelles on

ne parle pas beaucoup. Cette action est complètement détachée de ma pratique en droit de la presse et des nouvelles technologies, mais cela couvre une partie importante de mes activités d'avocate.

Vous intervenez aussi auprès de la Licra.

Je le fais dans le cadre de mon activité en droit de la presse. Depuis peu, je reprends quelques dossiers issus de la commission juridique se rapportant à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme.

« Le critère de la fixation préalable demandait, en revanche, une logistique plus importante. L'article 93-3 répond donc à un besoin pratique et économique mais pas juridique. »

Propos recueillis par Sylvie ROZENFELD

EXPERTISES

DES SYSTÈMES D'INFORMATION

LE MENSUEL DU DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DU MULTIMÉDIA

OCTOBRE 2015 - n° 406

INTERVIEW

LE DROIT DE LA PRESSE ET INTERNET

PAR ILANA SOSKIN

DOCTRINE

LOI RELATIVE AU RENSEIGNEMENT

Impacts sur les acteurs d'internet et des réseaux

JURISPRUDENCE

BREVET DE LOGICIEL

La justice française contredit l'Office européen des brevets