

# LEGIPRESSE

L'actualité du droit des médias et de la communication

## Interview

**Lutte contre les contenus haineux :**  
« Les difficultés résident toujours dans l'identification de l'auteur de l'infraction et la sanction effective et judiciaire de l'auteur. Or, ces deux problèmes ne sont pas réglés par la loi »

*Christiane Féral-Schuhl,*  
présidente du Conseil national des Barreaux

## Cours et tribunaux

**Inconstitutionnalité de l'article 54 de la loi de 1881 fixant le délai entre la citation et la comparution devant le tribunal correctionnel**  
Cons. const. 24 mai 2019

*Emmanuel Tordjman et Grégoire Rialan, avocats au Barreau de Paris, et Tiphaine Beau de Loménie*

**Propos destinés au public français mais parus sur un site internet étranger : inapplication du régime de responsabilité pénale en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982**  
Crim. 18 juin 2019

*Stéphane Detraz, maître de conférences Université Paris Sud-XI, faculté Jean Monnet*

**Le Conseil de l'Ordre des experts-comptables ne peut agir en diffamation publique envers les corps constitués au sens de la loi de 1881**  
Crim. 18 juin 2019

*Basile Ader, avocat au Barreau de Paris*

## Décryptage

**Contrefaçon de photographies : la technique photographique au secours des juristes**

*Joëlle Verbrugge, avocate au Barreau de Bayonne*



Maksim Kalabou - stock.adobe.com

## Un an d'application du RGPD : la fin du commencement

p. 402

*Chronique, sous la direction d'Étienne Drouard et de Claude-Étienne Armingaud, avocats associés, Cabinet K&L GATES*

## Synthèse

**DROIT DE L'AUDIOVISUEL**  
(JUILLET 2018 - JUILLET 2019)

*Grégoire Weigel, avocat au Barreau de Paris*

# LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN EUROPE

Regards sur douze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2006-2017)

Une étude délibérément guidée par des critères tenant à l'utilité des solutions retenues par la Cour de Strasbourg dans le cadre de la pratique judiciaire française. Car tout praticien doit avoir une connaissance aigüe de la jurisprudence de la Cour européenne en la matière.

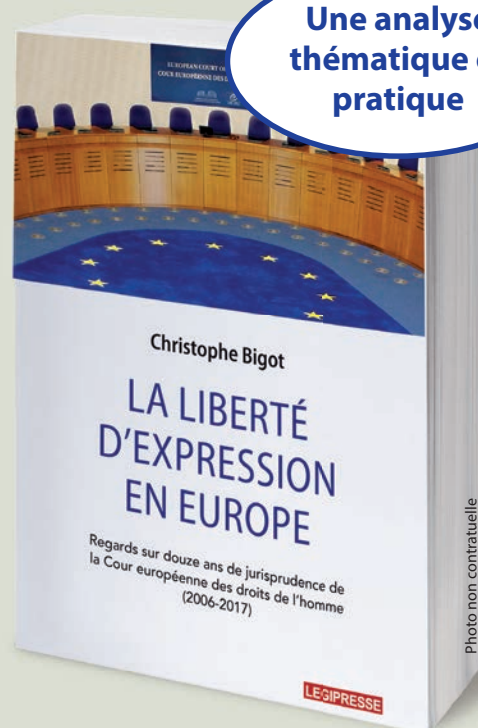
La loi du 29 juillet 1881, tout comme les règles protégeant les droits de la personnalité ou régissant l'utilisation des données personnelles, ne peuvent plus être appréciées aujourd'hui indépendamment de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui proclame la liberté d'expression et détermine les conditions dans lesquelles celle-ci peut être restreinte.

L'auteur livre dans cet ouvrage une analyse thématique de 170 décisions rendues au visa de l'article 10 par la Cour européenne des droits de l'homme, entre 2006 et fin 2017.

Sont ici analysées : la protection des moyens d'accès à l'information, les limites de la liberté d'expression selon les modes d'expression (humoristique, politique, syndicale, des professionnels de la justice, création littéraire et artistique...) et l'objet de l'expression (discours de haine, débat historique, droits de la personnalité, données personnelles...), et enfin la proportionnalité des sanctions.

**Christophe Bigot** est avocat au barreau de Paris, membre des comités éditoriaux des revues *Légipresse* et *Légicom*, et auteur de nombreux articles consacrés au droit de la presse dans des revues de référence.

Une analyse thématique et pratique



22 € (Hors frais de port de 3 €)

En savoir plus : [www.legipresse.com](http://www.legipresse.com)

ISBN : 979-10-97441-03-6 / 184 pages / Format : 15 x 21 cm  
Parution : JUIN 2018 – Disponible en librairie

## BON DE COMMANDE

À adresser à : Editions Dalloz, Service Administration des Ventes Directes, 80 Avenue de la Marne, 92541 Montrouge Cedex -  
Email : [t.le.adv@dalloz.fr](mailto:t.le.adv@dalloz.fr) - Tél. : 01 40 92 20 85

- Je souhaite recevoir l'ouvrage **La liberté d'expression en Europe** au prix de **22 € TTC** (ISBN : 979-10-97441-03-6)  
+ 3 € (frais de port et d'envoi) soit un **total de 25 € TTC**

### Mode de règlement :

- Chèque bancaire ou postal (à l'ordre de Dalloz)  
 Carte bancaire  Visa  Eurocard  Mastercard  
N°                  
Expire fin

- Mandat administratif. Virement à effectuer sur le compte  
IBAN n° FR 76 3000 4013 2800 01 16 2303 004

\* T.V.A. : 5,5 % – Tarifs 2019

A : ..... LE : .....  
Date, signature/cachet obligatoire

RÉSERVÉ À L'ADMINISTRATION :

N° D'ENGAGEMENT ..... N° DE SIRET .....  
SERVICE CONCERNÉ .....

### Remplir le formulaire ci-dessous ou joindre votre carte de visite

Nom, prénom .....  
Fonction .....  
Service .....  
Organisme, société .....  
Adresse .....  
Code postal – Ville .....  
Tél. : .....

E-mail : .....

(Afin d'améliorer l'ensemble des services liés à la gestion de votre commande, merci de nous indiquer votre courriel)

Les informations recueillies par Editions DALLOZ à partir de ce formulaire font l'objet d'un traitement informatique destiné à la gestion des demandes, commandes et abonnements, et à la constitution d'un fichier clientèle à des fins de prospection commerciale en conformité avec vos centres d'intérêt. Conformément à la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 modifiée, vous disposez d'un droit d'accès, de rectification, de portabilité, d'effacement ou de limitation du traitement de vos données. Vous pouvez vous opposer au traitement des données vous concernant et disposez du droit de retirer votre consentement à tout moment en vous adressant à : [superviseurs\\_fu@lefebvre-sarut.eu](mailto:superviseurs_fu@lefebvre-sarut.eu). Pour connaître et exercer vos droits, veuillez consulter notre Politique de confidentialité sur [www.editions-dalloz.fr](http://www.editions-dalloz.fr) - RCS PARIS 572 195550.

## Un parquet national numérique ?



La mode est aux parquets nationaux. Après le succès rencontré par le parquet national financier (PNF) créé en 2014 avec la loi Sapin 2, et la création, toute récente, d'un parquet national antiterroriste (PNAT) dans la loi de programmation pour la justice, voici qu'est proposée, en première lecture de loi AVIA sur la lutte contre les discours de haine sur internet, la création d'un parquet national numérique (PNN ?).

L'idée est de confier la lutte contre tous les discours de haine, et contre le harcèlement par internet, à un parquet national, qui disposerait des moyens humains et techniques nécessaires pour rendre efficace la lutte contre ces nouveaux fléaux. Il aurait en outre vocation à être le parquet destinataire de la future plateforme de dépôt de plainte en ligne<sup>1</sup>.

Il serait question de donner cette mission<sup>2</sup>, non plus à Paris, comme les deux précédents, mais au parquet de Nanterre, qui verrait donc sa juridiction avoir une compétence nationale.

Cette idée, si elle est séduisante, n'est-elle pas porteuse de risques et d'inconvénients inutiles ?

De fait, la section C4 du parquet de Paris agit déjà comme un parquet national, puisque tout ce qui est accessible sur internet (à destination du public français), l'est en particulier à Paris, et donc rend ce parquet compétent pour agir ; ce qu'il fait quotidiennement. Mais il est vrai que cette section n'a jamais eu la chance de voir ses moyens humains et techniques augmenter, alors même qu'elle se voit à présent assigner une véritable mission de « surveillance numérique ».

À la vérité, on s'interroge sur le choix de Nanterre, lorsqu'on sait la masse de dossiers dont est déjà en charge le parquet de ce tribunal, parmi les plus encombrés de France, tout comme risquerait de l'être sa 14<sup>e</sup> chambre correctionnelle, en l'occurrence compétente pour connaître ces matières.

Surtout cette création, qui certes aurait le mérite de normaliser et d'unifier la politique pénale en la matière, aurait pour résultat d'éloigner les victimes de leur lieu de justice locale, ce qui n'est jamais souhaitable, sauf à laisser à ce parquet la possibilité de poursuivre devant leurs juridictions de rattachement.

**Basile ADER**  
Directeur de rédaction

1. Plateforme qui résulte du nouvel article 15-3-1 du code de procédure pénale issu de la loi de programmation et de réforme de la justice.

2. La proposition de loi renvoie à l'autorité administrative le soin de désigner la juridiction. Il appartiendrait donc à la Chancellerie de faire ce choix.

# Index

## AUDIOVISUEL

- Droit de l'audiovisuel (juillet 2018 - juillet 2019)..... p. 435  
*Synthèse de Grégoire Weigel*

## CONCURRENCE DÉLOYALE

- Le magazine *PUBLIC* fait retirer de la vente *POUBLIC*, qui se voulait parodique..... p. 393  
*T. com. Paris, ord. réf., 18 juillet 2019*

## DIFFAMATION

- Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur des propos diffamatoires publiés sur le compte Facebook personnel d'une élue..... p. 393  
*TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., ord. juge de la mise en état, 19 juin 2019*
- Examen du caractère proportionnel d'une peine prononcée pour des propos diffamatoires au regard de la liberté d'expression..... p. 393  
*Crim. 18 juin 2019*
- Propos diffamatoires et langue régionale..... p. 394  
*Aix-en-Provence, 7<sup>e</sup> ch. corr., 1<sup>er</sup> octobre 2018*
- La diffamation en langue locale : publique ou non publique ?..... p. 423  
*Commentaire de Philippe Mouron sous Aix-en-Provence, 7<sup>e</sup> ch. corr., 1<sup>er</sup> octobre 2018*
- Le conseil de l'ordre des experts-comptables ne peut agir en diffamation publique envers les corps constitués au sens de la loi de 1881..... p. 429  
*Commentaire de Basile Ader sous Crim., 18 juin 2019*

## DROIT D'AUTEUR

- Mise en ligne par une société de presse d'articles numérisés au format PDF comportant des photographies protégées par le droit d'auteur..... p. 394  
*Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2019*
- Absence de dénaturation d'une chanson reprise par de nouveaux interprètes sur l'album « Les enfants du Top 50 »..... p. 394  
*Paris, pôle 5, ch. 1, 18 juin 2019*
- Contrefaçon de photographies : la technique photographique au secours des juristes..... p. 430  
*Décryptage de Joëlle Verbrugge*

## INJURE

- Mise en ligne de propos visant Pierre Bergé au caractère diffamatoire et injurieux en raison de l'orientation sexuelle..... p. 395  
*TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 28 juin 2019*
- Débat sur le caractère public ou privé d'un mail comportant des propos injurieux..... p. 395  
*Paris, pôle 2, ch. 7, 20 mars 2019*

## INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

- Demande de déréférencement de liens menant vers des comptes rendus d'audiences judiciaires, archivés sur un site de presse..... p. 396  
*Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juin 2019*
- Un an d'application du RGPD : la fin du commencement..... p. 402  
*Chronique sous la direction d'Étienne Drouard*

## LIBERTÉ DE CRÉATION

- L'interdiction de photographier les œuvres, instaurée par le Musée du Louvre pour ses expositions temporaires, ne méconnaît pas la liberté de création..... p. 396  
*TA Paris, 28 mars 2019*

## LIBERTÉ D'EXPRESSION

- Lutte contre les contenus haineux : « Les difficultés résident toujours dans l'identification de l'auteur de l'infraction et la sanction effective et judiciaire de l'auteur. Or, ces deux problèmes ne sont pas réglés par la loi »..... p. 388  
*Interview de Christiane Féral-Schuhl*

## MARQUES

- Annulation d'une marque portant atteinte aux droits antérieurs de dénomination sociale d'une société..... p. 397  
*Paris, pôle 5, ch. 1, 26 mars 2019*

## PRÉSOMPTION D'INNOCENCE

- *Grâce à Dieu* : la Cour d'appel de Paris rejette à son tour la demande de suspendre la diffusion du film..... p. 397  
*Paris, pôle 1, ch. 3, 26 juin 2019*

## PROCÉDURE

- Action en diffamation irrecevable faute de viser une personne physique susceptible d'engager sa responsabilité en application de la loi de 1881..... p. 398  
*TGI Paris, ord. mise en état, 19 juin 2019*

- Détermination du directeur de la publication au sens de l'article 42-1<sup>o</sup> de la loi du 29 juillet 1881..... p. 398  
*Crim. 7 mai 2019*

- Inconstitutionnalité de l'article 54 de la loi de 1881 fixant le délai entre la citation et la comparution devant le tribunal correctionnel..... p. 414  
*Commentaire d'Emmanuel Tordjman, Grégoire Rialan et Tiphaine Beau de Loménie sous Cons. const. 24 mai 2019*

## PUBLICITÉ

- La seule mention d'un « service consommateur » sur des paquets de cigarettes ne constitue pas une publicité illicite..... p. 398  
*Crim. 14 mai 2019*

## RESPONSABILITÉ

- Propos destinés au public français mais parus un site internet étranger : inapplication du régime de responsabilité pénale en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982..... p. 419  
*Commentaire de Stéphane Detraz sous Crim. 18 juin 2019*

## STATUT PROFESSIONNEL

- La Commission arbitrale des journalistes n'est pas compétente pour fixer l'indemnité de licenciement d'un journaliste d'une agence de presse..... p. 399  
*Paris, pôle 6, ch. 2, 23 mai 2019*
- Un journaliste salarié d'une agence de presse ne peut prétendre à l'indemnité de rupture spécifique instituée par l'article L. 7112-3 du code du travail..... p. 399  
*Paris, pôle 6, ch. 7, 8 novembre 2018*

## USURPATION D'IDENTITÉ

- Le délit d'usurpation d'identité numérique suppose, pour être constitué, la volonté de se faire passer pour autrui..... p. 399  
*TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 23 mai 2019*

## VIE PRIVÉE

- La pièce de théâtre *Les Deux Frères et les Lions*, racontant le destin des frères Barclay, ne porte pas atteinte à la vie privée..... p. 400  
*TGI Caen, 2<sup>e</sup> ch. civ., 2 juillet 2019*



Suivez-nous sur twitter : @Legipresse

**La photocopie tue la presse !** Reproduction interdite sans l'autorisation de l'éditeur ou du Cfc (Centre français du droit de copie) - Tél. : 01 44 07 47 70 - Fax : 01 46 34 67 19. Les textes et commentaires publiés dans nos pages n'engagent que leurs auteurs.

# Sommaire

N° 373 - Juillet-Août 2019

## p. 385 **Edito**

**Un parquet national numérique ?**

Basile Ader, avocat au Barreau de Paris, directeur de la rédaction

## Actualité

### p. 388 **Interview**

**Lutte contre les contenus haineux : « Les difficultés résident toujours dans l'identification de l'auteur de l'infraction et la sanction effective et judiciaire de l'auteur. Or, ces deux problèmes ne sont pas réglés par la loi »**

Christiane Féral-Schuhl, présidente du Conseil national des Barreaux

### p. 390 **Flash** Textes en préparation et parus, faits marquants, réglementation professionnelle...

### p. 393 **Panorama de jurisprudence** Sommaire des décisions sélectionnées

### p. 401 **Médiathèque** Ouvrages, rapports officiels, thèses soutenues...

## Chroniques & opinions

### p. 402 **Un an d'application du RGPD : la fin du commencement**

Sous la direction d'Étienne Drouard et de Claude-Étienne Armingaud, avocats associés, K&L GATES

## Cours & tribunaux

### p. 414 **Inconstitutionnalité de l'article 54 de la loi de 1881 fixant le délai entre la citation et la comparution devant le tribunal correctionnel**

Cons. const. 24 mai 2019, Association Sea Shepherd

Emmanuel Tordjman et Grégoire Rialan, avocats au Barreau de Paris, et Tiphaine Beau de Loménie

### p. 419 **Propos destinés au public français mais parus un site internet étranger : inapplication du régime de responsabilité pénale en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982**

Crim. 18 juin 2019, Licra et a. c/ Pierre C.

Stéphane Detraz, maître de conférences Université Paris Sud-XI, faculté Jean Monnet

### p. 423 **La diffamation en langue locale : publique ou non publique ?**

Aix-en-Provence, 7<sup>e</sup> ch. corr., 1<sup>er</sup> octobre 2018, M. X. c/ M. Y.

Philippe Mouron, maître de conférences HDR en droit privé LID2MS - Aix-Marseille Université

### p. 429 **Le Conseil de l'Ordre des experts-comptables ne peut agir en diffamation publique envers les corps constitués au sens de la loi de 1881**

Crim. 18 juin 2019, Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables

Basile Ader, avocat au Barreau de Paris

## Textes et documents

### p. 430 **Contrefaçon de photographies : la technique photographique au secours des juristes**

Joëlle Verbrugge, avocate au Barreau de Bayonne

## Synthèse

### p. 435 **Droit de l'audiovisuel (Juillet 2018 - Juillet 2019)**

Grégoire Weigel, avocat au Barreau de Paris

**MODE DE RÉFÉRENCIEMENT** : Légipresse, n°x, p. xxx

#### NOS LECTEURS PUBLIENT

Vous pouvez soumettre au comité de rédaction, pour publication dans Légipresse, vos projets de tribune, chronique ou commentaire de jurisprudence en les adressant à : [contact@legipresse.com](mailto:contact@legipresse.com). En soumettant votre texte, vous vous engagez à ne pas le proposer à un autre éditeur, le temps de son examen par le comité de rédaction, celui-ci ne pouvant excéder un mois.

# LEGIPRESSE

L'actualité du droit des médias  
et de la communication  
Fondé en 1979  
[www.legipresse.com](http://www.legipresse.com)

Fondateur : Manuel MOLINA

#### COMITÉ DE RÉDACTION

##### ■ Basile ADER

Directeur de la rédaction  
Avocat au Barreau de Paris

##### ■ Emmanuel DERIEUX

Conseiller de la rédaction  
Professeur à l'Université de Paris II

##### ■ Éric ANDRIEU

Avocat au Barreau de Paris

##### ■ Christophe BIGOT

Avocat au Barreau de Paris

##### ■ Nicolas BONNAL

Conseiller à la Cour de cassation

##### ■ Charles-Henry DUBAIL

Président de la Commission juridique  
et fiscale de la Fnps

##### ■ Pierre-Yves GAUTIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

##### ■ Frédéric GRAS

Avocat au Barreau de Paris

##### ■ Nathalie MALLET-POUJOL

Directrice de recherche au Cnrs

##### ■ Thomas RONDEAU

Président de la 17<sup>e</sup> chambre, TGI de Paris

##### ■ Anne-Marie SAUTERAUD

Présidente du pôle 2, chambre 7,  
cour d'appel de Paris

##### ■ Grégoire WEIGEL

Avocat au Barreau de Paris

Directeur de la publication :

#### Philippe DÉROCHE

Rédactrice en chef : Amélie BLOCMAN  
[a.blocman@dalloz.fr](mailto:a.blocman@dalloz.fr) – 01 40 64 12 69

Rédactrice : Claire LAMY

Rédacteur en chef technique :

#### Raphaël HENRIQUES

Première secrétaire de rédaction :

#### Véronique THILL

#### ABONNEMENTS ET VENTE

Tél. : 01 40 92 20 85

80 avenue de la Marne - 92546 Montrouge Cedex

Mail : [serviceclient@dalloz.fr](mailto:serviceclient@dalloz.fr)

Abonnement annuel (11 n°s + l'accès à la base documentaire en ligne + feuilletage + E-newsletter) : 491 € TTC (France métropolitaine)  
Le n° : 43 € TTC

Numéro CPPAP : 1219 T 82970

ISSN : 0751-9478

Légipresse est une publication Éditions Dalloz

Société par actions simplifiée au capital de 3 956 040 euros

Siège social : 31-35 rue Froidevaux - 75685 Paris Cedex 14

RCS PARIS 572 195 550 - Siret 572 195 550 00098

Code APE : 5811Z - TVA : FR 69 572 195 550

Filiale des éditions Lebeuvre-Sarrut

Dépôt légal : Juillet 2019

La reproduction, même partielle de tout élément publié dans la revue est interdite.

Membre de



#### IMPRESSION

DIGITAPRINT

Imprimerie de l'Avesnois  
59440 Avesnes-sur-Helpe

Papier certifié PEFC - Origine : Portugal  
Taux fibre recyclé : 0 % - Ptot : 0.022



## Lutte contre les contenus haineux :

« Les difficultés résident toujours dans l'identification de l'auteur de l'infraction et la sanction effective et judiciaire de l'auteur. Or, ces deux problèmes ne sont pas réglés par la loi »

Le CNB avait rendu en mars dernier un avis critique sur la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet. Christiane Féral-Schuhl revient sur le texte après son adoption, le 9 juillet, par l'Assemblée nationale.

**Des améliorations ont-elles, selon vous, été apportées à la proposition de loi par l'Assemblée nationale ?**

La proposition de loi introduit l'obligation, pour les plateformes ou moteurs de recherche, de retirer ou de déréférencer sous 24 heures après leur notification les contenus « manifestement » haineux. Je pense qu'on obtient une amélioration avec la création d'un délit de refus de retrait des contenus. Le non-respect de cette obligation par les opérateurs sera sanctionné par le juge judiciaire. Le CNB s'était ému également du risque de censure, par un acteur privé et non un juge, voire un risque de sur-censure qui aboutirait à ce que, dans le doute, l'opérateur supprime un contenu. Or, désormais, l'opérateur qui, pour éviter une éventuelle sanction, procède à un retrait ou à un déréférencement « injustifié » de contenus, pourra être sanctionné. Ce point est important car on aurait pu craindre que ce soit le principe de précaution qui l'emporte. A été ajoutée l'obligation de conservation des contenus supprimés, ce qui préserve les preuves et permet une possible saisine de l'autorité judiciaire et un débat contradictoire éventuel.

**Vous appelez également à la nécessité de se fonder sur des définitions claires, concernant la liste des contenus illicites. Qu'en est-il après l'examen par l'Assemblée ?**

Sur ce point, nous considérons avoir obtenu la mise en cohérence de la proposition de loi avec la loi pour la confiance en l'économie numérique, d'une part, et avec la loi de 1881 sur la presse, d'autre part. Sont bien intégrés les contenus portant atteinte aux droits fondamentaux, comme à la dignité de la personne humaine. Une notion demeure toutefois imprécise, celle du contenu contrevenant « manifestement » à certains articles de la loi de 1881 et du code pénal. Certes, la notion de « manifestement » a toujours suscité des inquiétudes, et un opérateur privé ne peut pas déterminer seul la licéité ou l'illécéité du contenu signalé, car c'est le rôle du juge judiciaire.



**Christiane Féral-Schuhl**  
Présidente du Conseil national des Barreaux

**Ne figurent toutefois pas dans la liste la diffamation raciale, religieuse, sexiste, ... ni le délit de contestation de crimes contre l'humanité. Qu'en pensez-vous ?**

Le texte a voulu se mettre en conformité avec la LCEN, article 6-I, alinéa 7, qui n'intègre pas ces notions. J'imagine que cela sera amélioré par le Sénat, la logique voudrait que le délit de contestation de crimes contre l'humanité soit intégré dans la liste des contenus illicites, car il s'agit des atteintes aux droits fondamentaux. S'agissant de la problématique de l'insertion des notions de diffamation dans la loi, rappelons que la censure permise et déléguée à des organismes privés peut rendre

tendancieux et dangereux l'élargissement du champ d'application de la loi. Le juge judiciaire doit avoir une compétence naturelle et immédiate pour juger de la caractérisation de ce type d'infraction, préalablement au retrait quasi expéditif des propos. Encore une fois, il s'agit d'arbitrer et de permettre un libre débat d'opinion, en jugeant des excès. Ou du respect de la liberté d'expression.

**Que pensez-vous des obligations des plateformes à l'égard des utilisateurs ?**

Le CNB avait réagi, et déploré qu'aucune précision ne soit donnée en ce qui concerne les mécanismes de recours ou les conséquences en cas de manquement. L'Assemblée nationale a donc introduit l'obligation pour les plateformes de mettre en œuvre un dispositif permettant à l'auteur du signalement de contester le refus de retrait ou de déréférencement du contenu par l'opérateur, d'une part, et à l'auteur du contenu de contester la décision de retrait ou de déréférencement, d'autre part. Ce dispositif de contestation va permettre au moins de préserver la possibilité d'un éventuel débat judiciaire. C'est une avancée. Les plateformes ont également l'obligation d'informer la victime du contenu signalé des recours internes et judiciaires ainsi que des délais de recours dont elle dispose pour contester le refus de retrait ou de déréférencement du contenu. Il y a donc des délais de recours. On peut imaginer que cela ouvre la voie à « Je retire quand même le contenu et

j'ouvre la discussion pour rétablir le contenu ». A été également instaurée l'obligation d'informer l'utilisateur qui a signalé le contenu, ainsi que l'auteur du contenu, des suites données à cette notification et les motifs de la décision qui aura été prise par l'opérateur. Cette information doit être communiquée dans des délais qui apparaissent vraiment très courts, à savoir 24 heures qui suivent la notification en cas de retrait ou de déréférencement du contenu. Le délai est porté à sept jours dans les autres cas.

« On combat plus efficacement des propos et idées particulièrement odieux par le débat contradictoire qu'en interdisant leur expression. »

#### Et concernant les pouvoirs dévolus au CSA ?

Le CSA va émettre des recommandations et contrôler le respect des obligations des opérateurs sous peine, après mise en demeure, de sanctions pécuniaires pouvant atteindre 4 % de chiffre d'affaires mondial. Dès lors que le législateur concédait une délégation du pouvoir de censure à des entreprises privées, l'organisation d'un contrôle par une autorité indépendante des modalités de cet exercice s'imposait à l'évidence.

#### Un amendement, voté par l'Assemblée nationale, a introduit la création d'un parquet numérique spécialisé. Qu'en pensez-vous ?

Je comprends la démarche mais y vois des objections. D'une part, l'éloignement, car le parquet spécialisé favorise une approche nationale. On est dans l'éloignement du justiciable, de la victime, de l'auteur des faits, des poursuites. Après le parquet financier, le parquet terroriste, de combien de parquets spécialisés aurons-nous besoin en France ? On est dans une situation où théoriquement, tout ce qui relève du droit de la presse ou de sujets bien connus devrait pouvoir être traité sans créer de spécialité autre.

#### La loi prévoit également le renforcement de la lutte contre les « sites miroirs » de contenus haineux ayant fait l'objet d'une décision de justice définitive. Qu'en pensez-vous ?

Je comprends bien sûr l'objectif. Mais les difficultés résident toujours dans l'identification de l'auteur de l'infraction et dans l'exécution de la décision. Or, ces deux problèmes ne sont pas réglés par la loi, même si les intermédiaires sont mieux responsabilisés. La question de l'exécution des décisions, qui renvoie d'ailleurs à l'identification de l'auteur de l'infraction, ne se résout pas dans un texte mais impose des mesures opérationnelles. Des solutions devraient pouvoir être trouvées au plan interna-

tional, car on est toujours dans des conventions bilatérales lorsqu'on veut exécuter. Cyber-enquêteurs, cyber-gendarmes, magistrats de liaison... devraient pouvoir parvenir à faire exécuter lorsqu'on a identifié la personne. Afin de mieux lutter contre la viralité d'un contenu haineux, on peut se demander s'il ne serait pas opportun d'introduire une possibilité d'alerte sur un message ayant fait l'objet d'une notification : afin qu'au moment où la personne décide de relayer le message, elle soit responsabilisée sur le fait qu'elle est en train de relayer un contenu qui pose problème. Cela permettrait peut-être de responsabiliser l'internaute qui le transmet. Car cette responsabilité de celui qui véhicule l'information potentiellement haineuse n'est pas traitée par le texte.

#### La garde des Sceaux a annoncé souhaiter engager une réflexion sur l'éventuelle sortie de la loi de 1881 la sanction de l'injure et de la diffamation. Que vous inspire cette éventualité ?

Mon avis n'a pas changé depuis les travaux de la commission parlementaire de réflexion sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, que j'avais co-présidée avec Christian Paul, en 2015. Déjà, en janvier 2015, la garde des Sceaux avait annoncé sa volonté de sortir les injures et diffamations de la loi du 29 juillet 1881 pour les introduire dans le code pénal lorsqu'elles sont aggravées par une circonstance liée au racisme, à l'antisémitisme, à l'homophobie. Et déjà, à l'époque, il y avait eu une consultation et un avis de la CNCDH, et à nouveau la consultation de la CNCDH est annoncée ! Nous appelions dans notre rapport *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*<sup>1</sup> à mettre un terme au transfert dans le code pénal des infractions à la liberté d'expression relevant de la loi de 1881 qui doit conserver le monopole des infractions incriminant les abus de l'expression. L'intégration dans le code pénal produirait en outre une asymétrie du traitement pénal, suivant que le propos contesté a été tenu sur internet ou sur un autre canal de communication. Ce mouvement de sortie viderait donc cette grande loi de sa substance et lui ferait perdre sa cohérence, au risque de la voir disparaître. On combat plus efficacement des propos et idées particulièrement odieux par le débat contradictoire qu'en interdisant leur expression.

Propos recueillis par Amélie Blocman,  
Le 12 juillet 2019.

1. Rapport 3119, La Documentation française, Recommandation n° 20, p. 73 à 76.

## COMMUNICATION NUMÉRIQUE

### Lutte contre les contenus haineux sur internet : l'Assemblée nationale a adopté en première lecture la proposition de loi Avia

Les députés ont adopté le 9 juillet, en première lecture, la proposition de loi « visant à lutter contre les contenus haineux sur internet », par 434 voix pour, 33 contre, et 69 abstentions. Le gouvernement ayant engagé la procédure accélérée sur ce texte, il n'y aura qu'une seule lecture par chambre, et le Sénat devrait à son tour examiner le texte à la rentrée.

La proposition adoptée prévoit que les plateformes et moteurs de recherche – plusieurs seuils, permettant de déterminer les opérateurs concernés seront fixés par décret – auront l'obligation de retirer, de rendre inaccessibles ou de déréférencer, les contenus « manifestement » illicites, dans les 24 heures suivant leur signalement, sous peine d'une amende pouvant aller jusqu'à 1,25 million d'euros. Précisément, et conformément aux préconisations du Conseil d'État dans son avis, sont concernés les contenus « contrevenant manifestement aux infractions mentionnées au troisième alinéa du 7 du I de l'article 6 de la LCEN et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ». Il s'agit de contenus portant atteinte au respect de la dignité humaine, faisant l'apologie de crimes, constitutifs de provocation et d'incitation à la haine, à la violence, ou d'injure à raison de l'origine, de la race, de la religion, de l'orientation sexuelle, ou de l'identité de genre. C'est aussi le cas du harcèlement sexuel, des images pédopornographiques, des contenus relevant du proxénétisme ou de la traite des êtres humains. Les infractions de diffamation raciale, religieuse, homophobe ou sexiste, ainsi que la contestation de crime contre l'humanité ne sont pas visées par le texte. Les associations de lutte contre les discriminations, telles qu'elles sont mentionnées dans la loi de 1881, sont habilitées à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne le nouveau délit de refus de retrait d'un contenu manifestement haineux.

Le texte vient en outre compléter la LCEN pour renforcer le devoir de coopération des plateformes, notamment judiciaire, par la désignation d'un représentant légal en France. Il prévoit également la mise en place d'un dispositif de signalement uniforme, directement accessible pour les internautes. Les plateformes devront mettre en œuvre tout moyen pour empêcher la rediffusion de contenus définis comme « haineux en ligne », et substituer au contenu objet d'un retrait, un message indiquant qu'il a été retiré. Comme l'avait recommandé le Conseil d'État dans son avis, il est prévu que les données supprimées soient conservées pendant un an en vue de faciliter les enquêtes pénales, afin d'établir leur caractère illicite ou non.

Le CSA voit par ailleurs ses pouvoirs renforcés. Il est chargé de la régulation des plateformes en matière de lutte contre les contenus haineux et pourra prononcer une amende allant jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial de l'opérateur en cas de manquement à ses obligations. La loi prévoit également le renforcement de la lutte contre les « sites miroirs » de contenus haineux ayant fait l'objet d'une décision de justice définitive.

Les députés ont adopté l'amendement ayant pour objet de créer un parquet et une juridiction spécialisés en matière de lutte contre la haine en ligne, adossés au déploiement de la future plateforme de dépôt de plainte en ligne issu de la loi de réforme

pour la justice (C. pr. pén., art. 15-3-1 nouv.). Les députés ont également voté la création d'un « Observatoire de la haine en ligne », qui « assure le suivi et l'analyse de l'évolution des contenus visés à l'article premier de la présente loi, en lien avec les opérateurs, associations et chercheurs concernés ».

Le secrétaire d'État au numérique Cédric O s'est félicité du vote, jugeant l'équilibre « atteint » entre liberté d'expression et « efficacité ». En dehors de l'hémicycle, le texte fait l'objet de vives critiques. La Quadrature du Net considère ainsi que le contenu de la loi « n'a pas été amélioré mais au contraire aggravé, avec des ajouts absurdes et dangereux ». Dans une lettre ouverte, la Ligue des droits de l'homme, le Conseil national du numérique et la présidente du Conseil national des barreaux ont martelé que « le juge doit être au cœur tant de la procédure de qualification des contenus que de la décision de leur retrait ou blocage ». De son côté, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a déclaré être inquiète pour les libertés fondamentales. Tout en soutenant l'objectif poursuivi par ce texte, elle a appelé à revoir entièrement la proposition de loi, qu'elle estime « inadéquate » et « inadaptée ».

## DISTRIBUTION DE LA PRESSE

### Modernisation de la distribution de la presse : les députés adoptent le projet de loi

L'Assemblée nationale a adopté le 23 juillet, en première lecture, le projet de loi relatif à la modernisation de la distribution de la presse. Le texte, défendu par Franck Rester, avait déjà été voté le 22 mai par le Sénat. Le gouvernement souhaite maintenir les grands principes de la loi Bichet de 1947, parmi lesquels la liberté de diffusion et le principe coopératif obligatoire. Toutefois, la loi n'apparaît plus aujourd'hui adaptée aux enjeux d'un secteur bouleversé par les évolutions numériques. Le projet de loi prévoit à cette fin d'ouvrir le marché à la concurrence au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Les députés ont adopté un amendement limitant à 20 % le nombre de parts pouvant être détenues par un actionnaire extracommunautaire (comme Amazon) dans une société de distribution de presse. Ils ont en revanche rejeté un amendement de Pierre-Yves Bournazel (UDI) qui proposait de faire de l'entrave à la distribution de la presse un délit spécifique. Le projet de loi confie la régulation du secteur à l'ARCEP, en lieu et place des deux organes existants (le Conseil supérieur des messageries de la presse et l'Autorité de régulation de distribution de la presse), avec des missions élargies et des pouvoirs renforcés. Il accorde aux marchands de journaux un plus grand contrôle sur les types de publications qu'ils reçoivent afin de limiter les invendus. La presse d'information politique et générale gardera un droit d'accès absolu au réseau de distribution. Le texte doit maintenant être examiné en commission mixte paritaire pour tenter de parvenir à une version commune.

## DROIT D'AUTEUR

### Le CSPLA lance une mission sur les services de référencement d'images

Le président du CSPLA, Olivier Japiot, a par lettre de mission, chargé le professeur Pierre Sirinelli d'évaluer les conditions dans lesquelles un dispositif de gestion collective obligatoire pourrait être mis en place « pour assurer une juste rémunération aux

photographes et plasticiens dont les œuvres sont reproduites et communiquées au public, sans autorisation préalable, par les services automatisés de référencement d'images ». Si la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création a instauré un tel système (CPI, art. L. 136-4), le décret d'application n'a jamais été adopté. Depuis, comme le souligne la lettre de mission, la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 est venue « conforter l'objectif poursuivi par le législateur à travers divers dispositifs visant à renforcer la capacité des créateurs à être rémunérés par les plateformes numériques qui exploitent leurs œuvres » et le ministère de la Culture souhaite modifier le dispositif adopté dans le cadre de la loi Création « afin d'en assurer la mise en œuvre effective ». Outre l'étude du dispositif de gestion collective obligatoire envisagé, Pierre Sirinelli est invité à réfléchir aux « dispositifs alternatifs ». Les résultats de la mission sont attendus d'ici le 31 octobre.

## DROIT ÉCONOMIQUE DES MÉDIAS

### Adoption de la taxe « GAFA » par le Parlement

Après l'Assemblée nationale, le Sénat a définitivement adopté, le 11 juillet 2019, le projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques. La taxe « GAFA », portée par le ministre de l'Économie et des finances Bruno Le Maire, s'inspire d'un projet européen n'ayant pas abouti, en raison des réticences de plusieurs pays de l'Union européenne. La France est ainsi un des pays pionniers en la matière. La taxe s'élève à 3 % du chiffre d'affaires de certaines activités numériques réalisé en France. Elle concerne les recettes tirées de la publicité ciblée en ligne, de la mise en relation des internautes par les plateformes, et de la vente des données des utilisateurs à des fins publicitaires. Sont visés les « géants du numérique », c'est-à-dire les entreprises qui réalisent 750 millions d'euros de chiffre d'affaires au niveau mondial au titre de ces services, et 25 millions d'euros de chiffre d'affaires à l'échelle de la France. La loi devrait ainsi s'appliquer à une trentaine de groupes, dont Google, Amazon, Facebook et Apple, mais aussi Meetic, Airbnb et Instagram. L'instauration de cette taxe a un effet provisoire, dans l'attente que soit conclu un accord international au sein de l'OCDE, avant la fin de l'année 2020. Malgré des dissensions entre Washington et Paris, les ministres des Finances du G7, réunis les 17 et 18 juillet, se sont finalement entendus sur la nécessité de mettre en place un impôt minimum sur les sociétés au niveau mondial, même si elles n'ont pas de présence physique dans le pays concerné.

## DROITS VOISINS

### Le droit voisin des éditeurs de presse définitivement adopté

L'Assemblée nationale a adopté en deuxième lecture, le 23 juillet, la proposition de loi créant un droit voisin au profit des éditeurs de presse. Franck Rester s'est félicité de l'adoption du texte, rappelant que « La France est le premier pays à transposer la directive européenne sur le droit d'auteur s'agissant du droit voisin ». La loi instaure au profit des éditeurs et agences de presse un droit à rémunération pour l'usage de leurs articles sur internet, sur les sites, services et réseaux sociaux dès lors que ces services sont accessibles au public. Lors de son vote au Sénat, le 3 juillet dernier, le texte avait été modifié afin de préciser que les photographies ou les vidéogrammes sont incluses dans le

champ du texte et que toute utilisation, même partielle, de leurs publications ouvre droit à rémunération. Des clarifications ont également été apportées sur les modalités de prise en compte des éléments susceptibles de concourir à la détermination de la rémunération du droit voisin des agences de presse et des éditeurs de presse. Sont exclus du champ de cette loi les liens hypertextes, et l'utilisation de « mots isolés ou de très courts extraits » d'une publication de presse. La loi renvoie au juge le soin de définir concrètement la mise en œuvre de ce droit. Les agences et les éditeurs de presse sont désormais appelés à se saisir du texte. « La suite va dépendre de l'unité de la presse. Les éditeurs ont le rapport de force grâce à la loi. La deuxième manche se joue », a expliqué le sénateur David Assouline, auteur de la proposition de loi.

## INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

### La CNIL publie ses nouvelles lignes directrices relatives aux cookies et autres traceurs

Comme elle l'avait annoncé, la CNIL a publié ses nouvelles lignes directrices relatives aux cookies et autres traceurs, qui rappellent le droit applicable aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur. La précédente délibération, du 5 décembre 2013, devenue obsolète, est donc abrogée. Ces nouvelles lignes directrices résultent notamment des dispositions de la directive 2002/58/CE modifiée « vie privée et communications électroniques » (ou « ePrivacy »), transposée en droit français à l'article 82 de la loi Informatique et libertés, et de la définition du consentement fourni par l'article 4 du RGPD, tel qu'interprété dans les lignes directrices du Comité européen de la protection des données (CEPD). Elles seront complétées ultérieurement par des recommandations sectorielles ayant notamment vocation à préciser les modalités pratiques du recueil du consentement.

La CNIL, après avoir détaillé le champ d'application des prescriptions énoncées, présente les modalités de recueil du consentement. Elle rappelle que les traceurs nécessitant un recueil du consentement ne peuvent être utilisés en écriture ou en lecture tant que l'utilisateur n'a pas manifesté à cette fin sa volonté, de manière libre, spécifique, éclairée et univoque par une déclaration ou par un acte positif clair. À ce titre, la CNIL rappelle que la pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas à être suivi (« cookie walls ») n'est pas conforme au RGPD. En revanche, le fait d'offrir à la personne la possibilité de consentir de manière globale est acceptable, à condition que la spécificité du consentement reste garantie. À ce titre, l'acceptation globale de conditions générales d'utilisation ne peut être une modalité valable de recueil du consentement, rappelle la CNIL, dans la mesure où celui-ci ne pourra être donné de manière distincte pour chaque finalité. De même, il est rappelé que toutes les informations nécessaires à une prise de décision éclairée concernant le consentement ne peuvent être contenues dans des conditions générales. Ainsi, les informations devant être portées à la connaissance des utilisateurs, préalablement au recueil du consentement, en application de l'article 82 de la loi, sont *a minima* : l'identité du ou des responsables de traitement ; la finalité des opérations de lecture ou écriture des données ; l'existence du droit de retirer son consentement.

Le fait de continuer à naviguer sur un site web, d'utiliser une application mobile ou bien de faire défiler la page d'un site web

ou d'une application mobile ne constitue pas des actions positives claires assimilables à un consentement valable, énonce la CNIL, pas plus que l'utilisation de cases pré-cochées.

Concernant la preuve du consentement, l'article 7 du RGPD impose que les organisations exploitant des traceurs mettent en œuvre des mécanismes leur permettant de démontrer, à tout moment, qu'ils ont valablement recueilli le consentement des utilisateurs. Dans la situation où ces dernières ne collectent pas elles-mêmes le consentement des personnes, la Commission rappelle qu'une telle obligation ne saurait être remplie par la seule présence d'une clause contractuelle engageant l'une des organisations à recueillir un consentement valable pour le compte de l'autre partie.

Si l'article 82 de la loi précise que le consentement peut résulter de paramètres appropriés du dispositif de connexion de la personne ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle, la CNIL considère qu'en l'état de la technique, ces paramétrages du navigateur ne peuvent permettre à l'utilisateur d'exprimer la manifestation d'un consentement valide. Toutefois, la Commission prend le soin de préciser que les navigateurs pourraient évoluer afin d'intégrer des mécanismes permettant de recueillir un consentement conforme au RGPD.

Concernant le cas spécifique des traceurs de mesure d'audience, auxquels peut recourir un éditeur, ou bien si ce dernier souhaite tester des versions différentes afin d'optimiser ses choix éditoriaux en fonction de leurs performances respectives : des traceurs sont fréquemment utilisés pour cette finalité, et peuvent être exemptés du recueil du consentement s'ils respectent les conditions que la Commission détaille dans ces lignes directrices.

La CNIL a mis en place une période transitoire de douze mois afin de laisser aux acteurs le temps de se conformer aux principes qui divergent de la précédente recommandation. Durant cette période de transition, la poursuite de la navigation comme expression du consentement sera donc considérée par la CNIL comme acceptable.

## LIBERTÉ D'EXPRESSION

**Le gouvernement ne touchera pas à la loi sur la presse, promet Édouard Philippe**

Le Premier ministre a reçu le 17 juillet des associations et représentants des journalistes afin d'échanger sur « les enjeux pour le secteur ». À cette occasion, Édouard Philippe a garanti que

l'exécutif ne toucherait pas à la loi de 1881. Il a rappelé « l'engagement du gouvernement à défendre la liberté de la presse et le rôle essentiel que jouent la presse et les médias dans la démocratie ». Avec à ses côtés le ministre de la Culture Franck Rester, Édouard Philippe a insisté sur le fait que le gouvernement n'interfererait pas dans la création d'un conseil de déontologie, sur lequel la profession reste divisée. Cette rencontre s'inscrivait dans un contexte d'incertitudes et de tensions entre la profession et l'exécutif, après de récentes déclarations gouvernementales. En juin, la ministre de la Justice Nicole Belloubet avait affirmé vouloir sortir l'injure et la diffamation raciale de la loi sur la liberté de la presse. Le secrétaire d'État au numérique Cédric O avait également suscité la polémique en se prononçant pour un « conseil de l'ordre » des journalistes afin de lutter contre les fausses nouvelles et la désinformation, avant de revenir sur ses déclarations.

## STATUT PROFESSIONNEL

**La Fédération internationale des journalistes propose une nouvelle Charte mondiale d'éthique**

La Charte mondiale d'éthique des journalistes, document qui défend et renforce les normes éthiques pour les journalistes dans le monde entier, a été adoptée courant juin lors du 30<sup>e</sup> Congrès de la FIJ. La Charte rappelle et renforce les normes définies par le précédent Code de Principes de la FIJ sur la Conduite des Journalistes, le seul texte relatif à la déontologie journalistique internationalement reconnu à ce jour. Ce dernier avait été voté au congrès de Bordeaux, en France, il y a 65 ans, et n'a pas été mis à jour depuis 1986, d'où le besoin d'une nouvelle Charte adaptée aux défis auxquels sont désormais confrontés les médias. Le Préambule de la Charte énonce que : « La responsabilité du/ de la journaliste vis-à-vis du public prime sur toute autre responsabilité, notamment à l'égard de ses employeurs et des pouvoirs publics. » Il rappelle que le journalisme est une « profession » qui « demande du temps et des moyens et suppose une sécurité morale et matérielle ». D'autres dispositions portent sur le respect des faits, les conflits d'intérêts, la protection des sources et les discriminations. Initiée début 2018, la Charte a été rédigée par un groupe de travail de seize personnes, composé du Comité administratif et de cinq représentants des régions de la FIJ, ainsi que de quatre experts en déontologie journalistique. Le Secrétaire général de la FIJ Anthony Bellanger a coordonné leur travail.

PARU AU JO CE MOIS-CI (DU 25 JUIN AU 25 JUILLET 2019)		Texte ayant fait l'objet d'une présentation dans les pages flash
MATIÈRE	INTITULÉ	RÉFÉRENCES
<b>COMMUNICATIONS NUMÉRIQUES</b>	Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet (CNC DH)	JO du 13 juillet 2019
<b>INFORMATIQUE ET LIBERTÉS</b>	Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs)	JO du 18 juillet 2019
	Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) (rectificatif)	JO du 19 juillet 2019
<b>FISCALITÉ</b>	Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés	JO du 25 juillet 2019
<b>OPEN DATA</b>	Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public	JOUE, 26 juin 2019

## CONCURRENCE DÉLOYALE

**373-01** Le magazine *PUBLIC* fait retirer de la vente *POUBLIC*, qui se voulait parodique

T. com. Paris, ord. réf., 18 juillet 2019, n° 2019041181, SAS CMI

**Publishing c/ FT Magazines et Messageries Lyonnaises de presse**  
L'éditeur du magazine *people Public* demandait en référé qu'il soit fait interdiction à l'éditeur du magazine *PoUBLIC* de distribuer, commercialiser et faire la promotion dudit magazine sur le territoire français. En effet, le magazine litigieux se caractérise par rapport au magazine du demandeur, par le fait qu'il comporte : un même rectangle à angle droit pour le logo ; un logo de même police de caractères, à l'identique, à l'exception d'un O de petite taille juxtaposée à côté du P pour *PoUBLIC*, d'une longueur quasi-identique à celle de *Public* ; un format identique ; une photographie de grand format illustrant le sujet principal en couverture, avec un gros titre en lettres de couleur rouge/rose ou jaune ; le nom de la célébrité à la une, écrit en italique, en lettres de couleur blanche ; en haut à droite, une vignette annonçant un autre sujet de l'actualité *people*... Le juge des référés relève que ces similitudes mettent en évidence un risque de confusion pour les lecteurs de ces magazines, alors que *Public* jouit d'une notoriété non contestée ; ce risque est constitutif d'une concurrence déloyale. En outre, l'éditeur demandeur justifie des frais de réalisation et de commercialisation du magazine *Public* et que la concurrence parasitaire par le défendeur constitue un argument sérieux.

En outre, il est jugé que le défendeur ne peut invoquer le caractère parodique de *PoUBLIC* en ce que les sujets annoncés n'apparaissent pas à l'évidence comme parodiques. En effet, si la parodie est l'imitation satirique d'un texte en le détournant de ses intentions finales afin de produire un effet comique, elle n'est cependant autorisée que si elle révèle une intention humoristique évidente, si elle n'engendre aucune confusion entre l'œuvre seconde et l'œuvre parodiée, laquelle ne doit pas être dénigrée et avoir pour conséquence de lui nuire. Tel n'est à l'évidence pas le cas au regard du contenu du magazine *PoUBLIC* critiqué, lequel comporte des articles proches de ceux d'autres magazines au premier rang desquels *Public* et/ou exprime une vive critique des membres de *Public*. Le juge retient que les critiques formulées par le demandeur commettent à l'évidence des actes constitutifs au fond de concurrence déloyale et parasitaire, source de préjudices. En conséquence, il est fait interdiction de distribuer, commercialiser et de faire la promotion du magazine *PoUBLIC* sur le territoire français, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement dans un délai de 24 heures à compter de la signification de ladite ordonnance, sous astreinte de 20 000 € par jour de retard. Il est ordonné de retirer du marché, sur le territoire français, tous les exemplaires du magazine, ainsi que tout document promotionnel, commercial en portant une reproduction, et ce dans un délai de 24 heures, sous astreinte de 20 000 € par jour de retard.

## DIFFAMATION

**373-02** Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur des propos diffamatoires publiés sur le compte Facebook personnel d'une élue

TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., ord. juge de la mise en état, 19 juin 2019, n° 18/09395, M<sup>me</sup> X. c/ M<sup>me</sup> Y.

La maire de Taverny a été assignée devant le tribunal de grande instance par une ancienne élue, du chef de diffamation publique envers particulier, pour des propos publiés sur son profil Facebook personnel et sur la page publique Facebook de la ville. Les termes employés étaient les suivants : « M<sup>me</sup> X. je connais un code pénal qui interdit aux anciens élus de voler des biens appartenant à la collectivité. Si vous voulez que nous rappelions sur cette page votre refus de restitution et notre menace de dépôt de plainte pour du matériel électronique appartenant à la collectivité après votre défaite on peut ». La défenderesse a soulevé une exception d'incompétence du tribunal de grande instance au profit du Tribunal administratif de Paris, au motif que les propos ont été tenus dans le cadre de ses fonctions de maire.

Le juge de la mise en état rappelle qu'en application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires issu de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, « ne relève pas de la compétence du juge judiciaire la réparation des conséquences dommageables d'une faute d'un agent public qui ne revêt pas le caractère d'une faute personnelle et détachable de la fonction ».

Il considère qu'en l'espèce, la circonstance que les propos aient été publiés sur la page Facebook de la commune est indifférente, dans la mesure où, pour apprécier la nature du comportement reproché, il convient d'examiner le compte à partir duquel ont été publiés les passages litigieux. Il s'agit en l'occurrence du compte Facebook personnel de la défenderesse, et non d'un compte consacré à ses activités de maire ou à la commune de Taverny. Ainsi, la publication de propos supposés diffamatoires à partir du compte propre et personnel de la défenderesse ne relève pas de ses fonctions d'élue. La publication litigieuse ne relève donc pas d'une activité d'un agent public. Le juge conclut que la juridiction administrative n'est pas compétente pour en connaître, sans même qu'il y ait lieu d'examiner le caractère personnel et détachable des fonctions de la faute reprochée. L'exception d'incompétence est rejetée.

**373-03** Examen du caractère proportionnel d'une peine prononcée pour des propos diffamatoires au regard de la liberté d'expression

Crim. 18 juin 2019, n° 18-84.209, Anna C.

Une chaîne de télévision française a diffusé un documentaire intitulé « Ukraine : les masques de la révolution » expliquant que la révolution ukrainienne survenue en 2014 n'aurait jamais triomphé sans l'intervention d'« armées parallèles » ayant « commis des massacres de masse ». Dans un article mis en ligne sur internet, une journaliste et traductrice ukrainienne exposait qu'elle avait accepté de prêter son concours à la traduction d'une partie du film. Elle s'était rendu compte lors de son visionnage qu'il s'agissait d'un film de propagande, et que les propos des personnes interviewées avaient été dénaturés lors du montage. Dans un second article, celle-ci accusait le réalisateur de plagiat, indiquant que ce dernier aurait utilisé, sans l'autorisation d'une productrice ukrainienne, plusieurs séquences tirées d'un documentaire retraçant les événements de l'hiver 2013-2014 en Ukraine.

Le réalisateur du film a fait citer du chef de diffamation publique envers un particulier la journaliste devant le tribunal correctionnel, estimant que ces deux articles contenaient des allégations qui portaient atteinte à son honneur ou à sa considération. Les juges l'ont relaxée pour les propos tenus dans le premier article mais l'ont déclarée coupable pour le surplus. La cour d'appel a confirmé

le jugement et prononcé sur les intérêts civils. La prévenue s'est pourvue en cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle considère, comme l'a fait la cour d'appel, que la prévenue ne pouvait bénéficier de l'exception de bonne foi, dès lors que les propos ne reposaient pas sur une base factuelle suffisante.

La Cour rejette ensuite le moyen tiré de la violation des principes de nécessité et de proportionnalité des peines. Elle approuve la décision de la cour d'appel en ce qu'elle a pris en compte la situation familiale et patrimoniale de la prévenue, et a constaté l'absence d'antécédent judiciaire, pour évaluer le montant de la peine prononcée à son encontre, fixée à 500 € d'amende avec sursis. Les juges d'appel ont pu estimer que les réparations civiles devaient être réduites par rapport à celles prononcées par les premiers juges, et qu'elles devaient être adaptées au préjudice modeste subi par la partie civile. La cour d'appel a considéré, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que ni la sanction pénale ni les réparations civiles ordonnées ne portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ou n'étaient de nature à emporter un effet dissuasif pour l'exercice de cette liberté.

### 373-04 Propos diffamatoires et langue régionale

Aix-en-Provence, 7<sup>e</sup> ch. corr., 1<sup>er</sup> octobre 2018, n° 18/00674

Alain X. c/ Dominique Y.

Un linguiste et écrivain occitan a porté plainte avec constitution de partie civile du chef de diffamation, après avoir découvert la publication, sur un blog, de commentaires qu'il estimait attentatoires à son honneur. Le premier commentaire, rédigé en occitan, pouvait être traduit ainsi : « le racisme des gestapoccitans qui disent que l'Auvergnat est une forme inférieure de langue puisque les populations du Massif central sont racialement contaminées ». De même, le second commentaire dénonçait le « racisme gestapoccitan du gestapiste L. A. et aujourd'hui du prétendu linguiste D. S. ». L'enquête a permis d'identifier l'auteur de ces écrits, lequel a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour y répondre des faits de diffamation à caractère public.

Le tribunal a requalifié les faits en diffamation non publique. Il a déclaré le prévenu coupable et l'a condamné à une amende de 38 €. Ce dernier a également été condamné à payer à la partie civile 500 € en réparation de son préjudice moral, et 173 € pour son préjudice matériel. Le prévenu a fait appel.

La cour observe que le prévenu attribue expressément au requérant des thèses racistes et insinue que ce dernier aurait déclaré par le passé que les « populations du Massif central sont racialement contaminées ». L'utilisation du terme « gestapoccitan » est loin de constituer une « invention plaisante » comme le soutient le prévenu, mais tend à faire passer la partie civile pour un adepte du régime nazi, le désignant par ailleurs comme le tenant des thèses jadis développées par le « gestapiste L. A. » Il s'agit donc d'allégations portant sur un fait précis et déterminé, lesquelles portent incontestablement atteinte à l'honneur et à la considération du requérant. Les juges ajoutent qu'il n'est pas établi que ce dernier a utilisé de telles expressions dans ses travaux scientifiques de linguiste.

La cour juge que le prévenu ne peut bénéficier de l'exception de bonne foi, dès lors qu'il n'a pas usé de prudence dans les termes employés, et a manifesté la volonté de faire passer celui qu'il critique comme un extrémiste raciste. Au demeurant, celui-ci ne rapporte pas la preuve que le requérant serait l'auteur de propos « haineux »,

comme il l'invoque, auxquels il aurait voulu réagir. Pour la cour, les propos litigieux sont donc diffamatoires.

S'agissant de leur publicité, la cour considère, à l'instar du tribunal, que les propos, tenus sur le blog du prévenu, dans le cadre de la thématique « langue occitane/langue d'oc » et rédigés dans cette langue, ne s'adressaient qu'à un cercle restreint uni par une communauté d'intérêts, de sorte que la diffamation doit être qualifiée de diffamation non publique. Le jugement est confirmé tant sur la requalification que sur la déclaration de culpabilité. La cour confirme, enfin, la peine prononcée.

👁 Voir le commentaire de Philippe Mouron p. 423

## DROIT D'AUTEUR

### 373-05 Mise en ligne par une société de presse d'articles numérisés au format PDF comportant des photographies protégées par le droit d'auteur

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2019, n° 18-17.155, M. G. c/ La Société du Figaro

La société éditrice du quotidien *Le Figaro* et des périodiques *Le Figaro Magazine*, *Madame Figaro* et *Figaroscope*, a mis en ligne sur son site internet, en accès payant, l'intégralité des archives papier de ses journaux, sous forme de reproduction, par voie de numérisation au format PDF, des pages entières de ces publications comprenant les articles illustrés de photographies. Certains auteurs des photographies ainsi reproduites ont assigné la société en contrefaçon, estimant qu'ils n'avaient pas cédé leurs droits pour un tel usage et qu'il était possible pour les internautes de télécharger leurs œuvres, sans mention de leur nom. La cour d'appel a rejeté leurs demandes. L'un d'eux s'est pourvu en cassation.

La Haute juridiction casse et annule l'arrêt. Pour rejeter les demandes en réparation d'actes de contrefaçon de ses droits patrimoniaux, l'arrêt a retenu que l'exploitation des photographies par l'archivage et la mise en ligne des journaux sous format PDF n'avait pas pu être prévue lors de la cession des droits, mais que cette mise en ligne s'inscrivait dans la continuité de l'œuvre première. Ainsi, la cour a considéré qu'une telle exploitation ne constituait pas un usage des photographies autre que celui contractuellement prévu. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel n'a pas suffisamment caractérisé en quoi la cession consentie s'étendait nécessairement à cet usage. Ensuite, pour rejeter les demandes formées par le requérant au titre des atteintes portées à son droit moral, la cour d'appel a retenu qu'il ne pouvait être reproché à la société la possibilité d'extraire des photographies dans la mesure où les internautes ne faisaient qu'user des fonctionnalités offertes par tout ordinateur. Pour la Cour, en statuant ainsi, sans rechercher si la société n'aurait pas pu mettre en ligne les photographies en rendant impossible leur téléchargement, la cour d'appel a méconnu l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle.

### 373-06 Absence de dénaturation d'une chanson reprise par de nouveaux interprètes sur l'album « Les enfants du Top 50 »

Paris, pôle 5, ch. 1, 18 juin 2019, n° 16/14038, Francis L. c/ SARL French Fried Music et a.

L'artiste et interprète Francis Lalanne est l'auteur des paroles de la chanson du film « Le Passage », intitulée « On se retrouvera », déclarée à la SACEM en 1987. Il expose qu'un album intitulé « Les enfants du top 50 » est paru en 2014, comportant une reprise de la chanson dont il est l'auteur, réinterprétée par un

duo de chanteurs, sans qu'il n'ait donné son accord préalable. Le requérant soutenait que la chanson ainsi reprise constituait une dénaturation, dans son esprit et dans sa structure, de la chanson initiale. Il a assigné les sociétés d'édition, de production musicale et de distribution de l'album, sur le fondement de l'atteinte à son droit moral d'auteur. Le tribunal a rejeté l'intégralité de ses demandes tant au titre de l'atteinte à son droit moral qu'au titre de l'exécution et de la résiliation de ses contrats d'édition.

La cour relève que pour déterminer si la chanson litigieuse a dénaturé l'œuvre originale, il convient de se reporter à la chanson telle que figurant dans le bulletin de déclaration enregistré à la SACEM en 1987. Cette déclaration ne contenait que la partition et les paroles, à l'exclusion de toute indication quant au genre musical, au mouvement métronomique, à l'instrumentalisation et aux arrangements. Une telle comparaison ne peut être effectuée avec la chanson telle qu'interprétée par Francis Lalanne dans le film « Le Passage », car, pour les juges, il ne s'agit que d'une interprétation parmi d'autres. La cour retient, au vu de ces observations, que la comparaison entre la chanson telle que déposée à la SACEM et celle figurant sur l'album « Les enfants du Top 50 » ne révèle aucune dénaturation. La simple présence de la reprise de la chanson au sein d'une compilation n'établit pas davantage la dénaturation alléguée. De plus, le fait que les différents contributeurs appartiennent à des univers musicaux éloignés de celui du requérant n'est pas, en soi, de nature à déprécier l'œuvre originale.

Par ailleurs, la cour constate que le demandeur a fait apport de ses œuvres au répertoire de la SACEM, et ce faisant a autorisé cette dernière à gérer pour son compte le droit de reproduire ses œuvres. Or, les sociétés productrices et éditrices de l'album ont obtenu l'autorisation de reproduire la chanson. Enfin, la pochette de l'album crédite bien le demandeur comme l'auteur des paroles. Les demandes fondées sur l'atteinte au droit moral sont donc rejetées. La cour rejette également les demandes portant sur le droit d'artiste-interprète prévu à l'article L. 212-1 du code de la propriété intellectuelle. Elle considère que la reprise de la chanson ne constitue pas une dénaturation ou un détournement de l'interprétation première. Ni les paroles ni la mélodie n'ont été tronquées dans la reprise visée. Cette dernière version laisse pleinement subsister l'interprétation de Francis Lalanne, qui continue d'être écoutée et exploitée.

Les juges rejettent enfin, comme l'avait fait le tribunal, les demandes formulées contre la société d'édition. Aucun manquement ne pouvait être reproché à cette dernière quant à l'exploitation permanente et suivie de l'œuvre. La demande au titre de la reddition des comptes était prescrite. Pour le surplus, les manquements constatés n'étaient pas suffisamment graves pour justifier la résiliation du contrat d'édition. Le jugement est confirmé en toutes ses dispositions.

## INJURE

### 373-07 Mise en ligne de propos visant Pierre Bergé au caractère diffamatoire et injurieux en raison de l'orientation sexuelle

TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 28 juin 2019, n° 14356000674, John Madison Cox c/ Salim L.

L'homme d'affaires Pierre Bergé a porté plainte et s'est constitué partie civile pour injure publique à raison de l'orientation sexuelle, injure publique envers particulier et diffamation publique envers particulier, à la suite de propos mis en ligne sur un site

internet. L'article mettant en cause l'homme d'affaires comportait un lien hypertexte renvoyant vers un site tiers. Après le décès de Pierre Bergé en 2017, son compagnon a poursuivi la procédure. Le directeur de la publication du site litigieux a été renvoyé devant le tribunal correctionnel.

Les termes « rassemblement de pédales » étaient, en premier lieu, poursuivis au titre des injures aggravées. Le tribunal constate que cette expression est outrageante à raison de l'orientation sexuelle. Le demandeur est bien visé dans l'article lequel relate l'organisation d'une cérémonie à L'Institut du monde arabe, rassemblant plusieurs personnalités dont la partie civile. L'usage du mot « pédales » pour désigner les personnes homosexuelles est un terme péjoratif et grossier. S'il est parfois utilisé comme un trait d'humour, il faut prendre en compte le contexte dans lequel il est employé. Or dans l'article litigieux, il vise à rabaisser les personnes visées. Le prévenu est déclaré coupable.

Le tribunal considère ensuite, s'agissant des termes « rassemblement de pédocriminels » et « élites dépravées », poursuivies au titre de l'injure publique envers particulier, que ceux-ci ne peuvent être isolés des éventuelles diffamations publiques contenues dans le reste de l'article, de sorte que le prévenu est relaxé pour ces passages.

Plusieurs extraits de l'article étaient ensuite poursuivis au titre de la diffamation publique envers particulier. Le tribunal considère que seuls passages indiquant que la villa de Pierre Bergé à Marrakech aurait hébergé des faits de prostitution de mineurs présentent un caractère diffamatoire. Il s'agit d'un fait précis portant atteinte à l'honneur et à la considération du requérant, étant constitutif du délit de proxénétisme à l'égard d'un mineur par assistance, réprimé par le code pénal. Les six autres passages poursuivis ne sont pas considérés comme diffamatoires.

Il ressort que lesdites imputations sont issues d'un lien hypertexte, mis en ligne sur le site du prévenu, mais renvoyant à un site tiers. Le lien est situé en bas d'une page ayant pour titre : « Scandale : rassemblement de pédales et de pédocriminels à L'Institut du monde arabe ». L'article publié sur le site du prévenu s'associe ainsi pleinement, par ce titre, aux développements du site tiers. Il s'est donc approprié le contenu auquel il est renvoyé. Dans ces conditions, la mise en ligne du lien hypertexte est de nature à engager la responsabilité pénale du directeur de la publication.

Sur la bonne foi, le tribunal note que les faits dénoncés relèvent d'un sujet d'intérêt général, compte tenu de la nécessité d'assurer la protection de l'enfance et de lutter contre la prostitution. Toutefois le prévenu ne produit, au titre de la base factuelle suffisante, qu'un seul article de presse, faisant état d'un témoignage anonyme et unique. Il ne peut prétendre qu'il disposait, lors de la publication, d'éléments justifiant la mise en ligne des propos, s'agissant d'une imputation particulièrement grave.

Le prévenu est condamné au paiement d'une amende de 500 € avec sursis. Il devra verser 3 000 € de dommages-intérêts à la partie civile.

### 373-08 Débat sur le caractère public ou privé d'un mail comportant des propos injurieux

Paris, pôle 2, ch. 7, 20 mars 2019, M. Y c/ M. X.

À la suite d'un échange de mails avec sa directrice administrative, un salarié a envoyé un message électronique depuis sa messagerie privée sur la boîte professionnelle de celle-ci, contenant les propos suivants : « Voilà je t'ai donné mes horaires pour que tu puisses

truander avec le bougnoul ». Le dirigeant de la société qui était visé dans ce message a fait citer son auteur devant le tribunal de Police du chef d'injure non publique à caractère racial. Le tribunal a relaxé le prévenu, après avoir relevé d'office le caractère confidentiel du mail poursuivi. La partie civile a fait appel.

La cour d'appel rappelle que le courrier électronique obéit au droit commun de la correspondance privée. Les injures contenues dans une lettre et concernant une personne autre que le destinataire ne sont susceptibles de recevoir une qualification pénale que s'il est établi que cette lettre a été adressée au tiers dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel. Cette exigence de nature à limiter la liberté d'expression et celle des correspondances doit être strictement interprétée. La cour précise que tel n'est pas le cas lorsqu'il n'est pas démontré qu'une lettre adressée à un tiers devait être divulguée, cette divulgation ne résultant que de l'initiative du seul destinataire de la lettre.

La cour relève que le courrier litigieux a été envoyé par un employé à sa supérieure hiérarchique pour l'informer de ses horaires de travail. Il a cependant été envoyé d'une adresse privée, extérieure à l'entreprise. En outre, l'objet du mail n'a pas été mentionné, contrairement aux échanges précédents. Celui-ci ne comporte aucun élément permettant de déceler la volonté de son auteur de lui enlever son caractère de confidentialité. Quand bien même un lien professionnel existait entre les correspondants, faute de pouvoir démontrer que cet envoi a été effectué dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel, le propos injurieux visant un tiers ne constitue pas, à l'égard de celui-ci, la contravention d'injure non publique. La cour relaxe le prévenu et déboute la partie civile de ses demandes.

## INFORMATIQUE ET LIBERTÉS

### 373-09 Demande de déréférencement de liens menant vers des comptes rendus d'audiences judiciaires, archivés sur un site de presse

Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juin 2019, n° 18-14.675, M. E c/ Google France

Un expert-comptable et commissaire aux comptes, condamné pour escroquerie et tentative d'escroquerie à une peine d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à 20 000 € d'amende, a assigné la société Google Inc., aux droits de laquelle vient la société Google LLC, exploitant du moteur de recherche, aux fins de déréférencement. La société avait en effet refusé de procéder à la suppression des liens menant vers deux comptes rendus d'audience, publiés sur le site internet du journal *Le Républicain lorrain*, relatant cette condamnation pénale. Bien qu'archivés sur le site du journal, les articles étaient toujours accessibles par le biais d'une recherche effectuée à partir des nom et prénom de l'intéressé sur le moteur de recherche Google.

Comme le juge des référés, la cour d'appel a rejeté sa demande, considérant qu'aucun trouble manifestement illicite n'apparaît caractérisé en l'espèce. Elle a notamment rappelé qu'il importe de rechercher « le juste équilibre », selon les termes de la Cour de justice de l'Union européenne, entre le droit du demandeur à la protection de ses données à caractère personnel et l'intérêt légitime des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à l'information relative à sa condamnation pénale. À cet égard, la cour relève que si la finalité poursuivie par le journal *Le Républicain lorrain*, au sens de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978, était de donner une information sur l'actualité judiciaire

d'intérêt local, information journalistique rapidement dépassée, ce qui explique l'archivage des deux articles sur son site, celle de Google est nécessairement différente de par son activité même de moteur de recherche, et peut légitimer le traitement des mêmes données à caractère personnel pour une durée différente. En outre, la cour a relevé qu'en sa qualité de membre d'une profession réglementée, l'intéressé doit être considéré comme ayant un rôle dans la vie publique qui justifie que le public puisse avoir accès à une information qui conserve un lien avec sa profession.

À l'appui de son pourvoi, le demandeur rappelle notamment que selon l'article 9 de la directive 95/46/CE, les exemptions et dérogations pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ne peuvent être prévues que dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression. Ainsi, à supposer même qu'un moteur de recherche puisse bénéficier par transitivité de la même dérogation, celle-ci ne saurait excéder les limites de la dérogation bénéficiant au traitement source, justifiée par la protection de la liberté d'expression. Dès lors, l'exploitant d'un moteur de recherche ne saurait se prévaloir de la licéité d'un traitement de données personnelles relatives aux infractions opérées sur une durée plus longue que celle du traitement source lorsque le responsable de ce traitement a lui-même décidé d'archiver lesdites données, les rendant inaccessibles à partir de son site internet, marquant par là qu'il n'entend plus faire usage de sa liberté d'expression. En affirmant le contraire, pour en déduire qu'aucun trouble manifestement illicite n'aurait été caractérisé, la cour d'appel aurait, selon le demandeur, violé les articles 9, 38, 40 et 67 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

La Cour de cassation rappelle que le Conseil d'État a, par décision du 24 février 2017, renvoyé à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles. Or, au regard des griefs formulés par le moyen au pourvoi, la décision de la Cour de justice à intervenir est de nature à influencer sur la solution audit pourvoi. La Cour sursoit donc à statuer jusqu'au prononcé de la décision de la CJUE.

## LIBERTÉ DE CRÉATION

### 373-10 L'interdiction de photographier les œuvres, instaurée par le Musée du Louvre pour ses expositions temporaires, ne méconnaît pas la liberté de création

TA Paris, 28 mars 2019, n° 1708973/5-2, M<sup>me</sup> G. c/ Musée du Louvre

Une journaliste du quotidien *Libération* a visité en 2017 deux expositions temporaires au Musée du Louvre, consacrées à Vermeer et Valentin de Boulogne, au cours desquelles il lui a été interdit de photographier les œuvres exposées, conformément au règlement de visite du musée. La journaliste a saisi le tribunal administratif aux fins d'obtenir l'annulation de la décision par laquelle l'établissement a rejeté sa demande d'abroger l'article 27, alinéa 2, dudit règlement instaurant une telle interdiction.

Le tribunal relève tout d'abord que la décision du musée est fondée sur un motif tenant à la sécurité des usagers et des œuvres, notamment celles prêtées par des collectionneurs privés, qui pourraient être réticents à leur mise à disposition en cas d'autorisation de photographier. Les juges constatent que l'interdiction ne concerne que les expositions temporaires

et non les collections du musée, afin de préserver la sécurité du public et des œuvres, dès lors que les expositions temporaires sont présentées au sein d'espaces de petite superficie. Cette interdiction n'est donc pas disproportionnée au regard des exigences de sécurité et d'ordre public.

Par ailleurs, pour les juges, l'interdiction en cause ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté de création instaurée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 juillet 2016. Ils estiment que l'interdiction reste limitée aux œuvres des expositions temporaires et que les usagers peuvent toujours obtenir des autorisations exceptionnelles de photographier.

En troisième lieu, la disposition contestée n'a pas pour effet de restreindre l'accès aux œuvres, mais se borne à réglementer l'usage de l'image des œuvres des expositions temporaires. Celle-ci ne méconnaît pas l'article L. 441-2 du code du patrimoine imposant aux musées de France de rendre leurs collections accessibles au public le plus large.

Enfin, les dispositions du code de la propriété intellectuelle, notamment l'article L. 123-1 qui prévoit qu'une œuvre de l'esprit entrée dans le domaine public est libre de tous droits patrimoniaux, ne font pas obstacle à ce que l'administration définisse les conditions de visite de ses locaux par un règlement de visite. La requête de la journaliste est donc rejetée.

## MARQUES

### 373-11 Annulation d'une marque portant atteinte aux droits antérieurs de dénomination sociale d'une société

Paris, pôle 5, ch. 1, 26 mars 2019, n° 17/15418, SASU TDF et a. c/ SAS Arkena Capital

La société Arkena Capital indique avoir découvert qu'une société concurrente, grand groupe du secteur des télécommunications, a déposé la marque française « Arkena » pour des classes de produits et services similaires aux siens. Cette dernière a également annoncé le lancement d'une nouvelle entité européenne de services médias sous le nom d'Arkena. Considérant que cette dénomination et ce dépôt portaient atteinte à ses droits antérieurs, la première société a assigné les sociétés du groupe de télécom devant le tribunal de grande instance.

Le tribunal a prononcé la nullité de la marque litigieuse, ordonné à la société nouvellement créée sous le nom d'Arkena de modifier sa dénomination sociale et son nom commercial, et ordonné à cette dernière le transfert des noms de domaine « arkena.com » et « arkena.fr » au profit de la requérante. Le tribunal a enfin fait interdiction aux sociétés défenderesses de faire usage de la dénomination « Arkena » à l'avenir. Ces dernières ont fait appel. La cour rappelle tout d'abord qu'aux termes des articles L. 711-4 et L. 714-3 du code de la propriété intellectuelle, ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public. En l'espèce, il est établi que l'immatriculation de la société requérante avec comme dénomination sociale « Arkena Capital » est intervenue antérieurement à l'enregistrement de la marque française Arkena par la société défenderesse, de sorte que la première bénéficie de droits antérieurs opposables sur sa dénomination sociale.

Pour la cour, le risque de confusion est établi. Celle-ci relève que la société demanderesse avait, avant le dépôt de la marque

litigieuse, une activité effective notamment dans l'audiovisuel, et proposait des services identiques ou similaires à ceux visés dans chacune des classes de produits et services pour lesquels la marque postérieure Arkena a été déposée. La cour ajoute que les signes en cause sont proches sur le plan visuel, ainsi que sur le plan phonétique et conceptuel. Le jugement est confirmé en ce qu'il a prononcé la nullité de la marque.

S'agissant de la concurrence déloyale, la cour note qu'une telle action peut être retenue alors qu'elle repose sur une faute non intentionnelle, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal. Cependant, en l'espèce, l'intimée ne démontre pas l'existence d'un préjudice particulier qui lui aurait été causé par les appelantes. Elle ne justifie pas d'une atteinte à sa réputation commerciale et n'établit pas avoir été gênée pour développer ses activités auprès de sa clientèle. Pour autant, la cour estime que les agissements de la société défenderesse ont nécessairement porté atteinte au caractère distinctif de la dénomination sociale de l'intimée et ont brouillé l'image qui y est associée, causant un préjudice moral, qui devra être réparé à hauteur de 10 000 €. Pour le reste, le jugement est confirmé.

## PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

### 373-12 Grâce à Dieu : la Cour d'appel de Paris rejette à son tour la demande de suspendre la diffusion du film

Paris, pôle 1, ch. 3, 26 juin 2019, n° 19/03880, B. Preynat c/ SAS Mandarin Production et a.

Le film *Grâce à Dieu* réalisé par François Ozon retrace le parcours de trois personnes qui se disent victimes d'actes à caractère sexuel infligés par le prêtre Bernard Preynat entre 1970 et 1991. Mis en examen dans le cadre d'une information judiciaire ouverte au Tribunal de grande instance de Lyon, le prêtre a saisi le juge des référés aux fins de voir ordonner la suspension de toute diffusion du film litigieux jusqu'à l'intervention d'une décision de justice définitive sur sa culpabilité. Il invoquait une atteinte à sa vie privée et à sa présomption d'innocence. Le juge des référés l'ayant débouté de ses demandes, il a fait appel.

La cour constate que le film est présenté par son auteur comme une œuvre sur la libération de la parole de victimes de pédophilie au sein de l'Église. Il y est fait état de la dénonciation d'actes subis par trois personnes par le père Preynat alors qu'ils étaient enfants, de leur parcours et des difficultés auxquelles ils se sont heurtés pour parvenir à se faire entendre, auprès de leurs familles et de la hiérarchie de l'Église.

La cour rappelle que le prêtre fait l'objet d'une procédure pénale en cours au jour de la diffusion du film en salles. Pour autant, elle note que le film, qui n'est pas un documentaire sur le procès à venir, relate le vécu de victimes qui mettent le prêtre en accusation, expriment leur souffrance et combattent contre la pédophilie au sein de l'Église.

Par ailleurs, il ressort que dans le cadre de l'information judiciaire ouverte à la suite des plaintes déposées, les parties ont été avisées en novembre 2018 que le magistrat instructeur considérait l'affaire terminée. La cour ajoute que si l'intéressé devait être renvoyé puis jugé par un tribunal, ce serait devant des magistrats professionnels dont l'office est de s'abstenir de toute pression médiatique. La diffusion du film n'est donc pas de nature à porter atteinte à son droit à un procès équitable.

La cour relève encore que le propos du film s'inscrit dans un débat d'intérêt général, à savoir la dénonciation des actes de pédophilie au sein de l'Église catholique. Dans ce contexte, l'éventuelle atteinte qui pourrait être portée à la liberté d'expression pour assurer le droit à la présomption d'innocence du demandeur doit être limitée. Les juges observent que le film débute et se termine par l'insertion de « cartons » indiquant que le père Preynat bénéficie de la présomption d'innocence et qu'aucune date de procès n'a été fixée. Ce rappel de la règle protectrice de l'article 9-1 du code civil n'est pas vain, et rappelle aux spectateurs la réalité du contexte juridique et judiciaire.

La cour considère que la mesure de suspension réclamée par le prêtre dans l'attente d'une décision définitive sur sa culpabilité serait disproportionnée car elle reviendrait à reporter la diffusion d'une œuvre à une échéance inconnue, qui peut s'avérer durer plusieurs années. Ainsi, l'insertion de l'encart, prévu par les auteurs du film, rappelant la présomption d'innocence dont bénéficie le demandeur est une mesure proportionnée à l'atteinte qu'il subit. L'ordonnance est donc confirmée.

## PROCÉDURE

### 373-13 Action en diffamation irrecevable faute de viser une personne physique susceptible d'engager sa responsabilité en application de la loi de 1881

TGI Paris, ord. mise en état, 19 juin 2019, n° 18/07043, Véronique R. c/ S.A.S. Éditions Amphora et a.

Une société d'édition a publié un livre intitulé *PSG-Révélations d'une Révolution*, dévoilant les coulisses du club de football parisien. La mère d'un des joueurs cités a assigné la société et le collectif d'auteurs à l'origine de cet ouvrage, du chef de diffamation publique envers un particulier. Les propos poursuivis étaient les suivants : « Avant que son fils ne signe son contrat professionnel au PSG, elle se met d'accord avec la Roma, qui doit verser au club parisien des indemnités de formation. Véronique s'en mêle. Elle demande de ne rien offrir au PSG, pour mieux le lui donner à elle ».

Le juge de la mise en état se réfère aux dispositions de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 qui instaure un régime de responsabilité en cascade pour les infractions de presse, ainsi qu'aux dispositions complémentaires instaurées par les articles 43 et 44 de la loi.

En l'espèce, le juge constate que la demanderesse a agi uniquement contre une association loi 1901, le collectif *Paris United*, qui regroupe un ensemble de personnes ayant contribué à l'écriture de l'ouvrage litigieux, d'une part, et contre la société éditrice, comme civilement responsable, d'autre part. Aucune personne physique, parmi celles visées aux articles 42 et 43 de la loi sur la liberté de presse, n'a été assignée dans la présente instance. Le juge note que la société éditrice n'est pas une personne physique dont la responsabilité peut être engagée au sens de ces articles et ne peut non plus, comme civilement responsable, voir sa responsabilité engagée seule, même dans le cadre d'une procédure civile. L'association *Paris United*, ne peut non plus voir sa responsabilité engagée en application de la loi sur la liberté de la presse, n'étant pas une personne physique.

Le juge conclut que faute d'assignation d'une quelconque personne physique susceptible d'engager sa responsabilité en application de la loi du 29 juillet 1881, l'action de la demanderesse doit être déclarée irrecevable.

### 373-14 Détermination du directeur de la publication au sens de l'article 42-1° de la loi du 29 juillet 1881

Crim. 7 mai 2019, n° 18-82.876, M. R. P. et a.

Un élu guadeloupéen a porté plainte et s'est constitué partie civile après avoir découvert un publi-reportage de la chambre de commerce et d'industrie des îles de Guadeloupe, joint au journal quotidien *France-Antilles*, le mettant en cause. Il était accusé d'avoir, dans le cadre d'opérations électorales, renoncé à se porter candidat en échange de marchés publics tronqués au profit de son agence de voyages. La directrice de la chambre de commerce, auteur des propos, et le directeur de la publication du magazine ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel des chefs de diffamation publique envers un particulier. Les juges du premier degré ont déclaré la citation irrecevable au motif que ce n'était pas le requérant qui était directement visé par les propos mais son agence. Le plaignant a fait appel de cette décision. Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel a déclaré les prévenus coupables, et les a condamnés au versement de dommages-intérêts. Ils ont saisi la Cour de cassation.

Celle-ci écarte tout d'abord le moyen faisant valoir que l'article ne visait pas la partie civile personnellement mais son agence de voyages, laquelle aurait bénéficié de marchés publics tronqués. La Cour considère que les faits de diffamation sont bien constitués à l'égard du requérant, dès lors qu'il ressort sans ambiguïté du texte que, si l'agence de voyages dirigée par le requérant est évoquée, celui-ci est tout aussi bien visé par les écrits. Il justifie donc d'un intérêt à agir.

La Cour de cassation reproche en revanche à la cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité du prévenu en qualité de directeur de la publication, pour la diffusion du publi-reportage litigieux. Celle-ci a relevé que ce document devait être considéré comme un tract, constitutif d'un communiqué de la chambre de commerce et qu'il résultait de la lecture des magazines de ladite chambre de commerce que le prévenu était bien le directeur de publication des magazines diffusés par cette entité. Pour la Cour, il n'est pas établi que le prévenu était le responsable légal de la chambre de commerce éditrice du document incriminé et, comme tel, responsable de plein droit au sens de l'article 42-1° de la loi du 29 juillet 1881. Il n'a pas non plus été relevé contre lui l'existence d'actes personnels, positifs et conscients de complicité au sens de l'article 43 de ladite loi. L'arrêt est cassé et annulé.

## PUBLICITÉ

### 373-15 La seule mention d'un « service consommateur » sur des paquets de cigarettes ne constitue pas une publicité illicite

Crim. 14 mai 2019, n° 17-84.961, Le Comité national contre le tabagisme

Une association de lutte contre le tabagisme a fait citer devant le tribunal correctionnel plusieurs sociétés de vente de cigarettes, pour les voir déclarer coupables du délit de publicité illicite en faveur du tabac.

Celle-ci reprochait l'apposition de la mention du « service consommateur n° Azur [...] www.batfrance.com » figurant sur et à l'intérieur de paquets de cigarettes commercialisés par les sociétés prévenues, ainsi que l'inscription du label « Pefc carton certifié » sur les paquets d'une marque en particulier. Le tribunal a renvoyé les prévenues des fins de la poursuite. La partie civile a interjeté appel du jugement.

L'arrêt a relevé que la seule mention figurant sur ou à l'intérieur des paquets de cigarettes de l'existence d'un service consommateur en y faisant figurer les coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse du site internet du groupe ne pouvait être considéré comme un mode de communication commerciale visant à promouvoir le tabac. En effet, pour la cour, celle-ci était purement informative et ne comprenait aucune incitation à l'achat ou à la consommation. Les juges ont ajouté que la mention de la certification « Pefc » – Programme de reconnaissance des certifications forestières – faisait référence uniquement à l'emballage cartonné du paquet de cigarettes et nullement au produit-tabac. L'emplacement de cette mention sur la tranche du paquet de cigarettes, la police d'écriture choisie ainsi que son éloignement de toute mention relative à la composition des cigarettes contenues dans le paquet ne pouvait prêter à confusion auprès du public. Au vu de ces éléments, la cour d'appel a écarté l'existence d'une faute civile commise par les prévenues.

La Cour de cassation, saisie par l'association requérante, rejette le pourvoi. Elle approuve la décision de la cour d'appel qui a pu retenir, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que les mentions litigieuses n'ont pas eu pour but ou effet d'inciter à l'achat ou à la consommation du tabac.

## STATUT PROFESSIONNEL

### 373-16 La Commission arbitrale des journalistes n'est pas compétente pour fixer l'indemnité de licenciement d'un journaliste d'une agence de presse

Paris, pôle 6, ch. 2, 23 mai 2019, n° 17/20778 – Jean-Luc C. c/ Associated Press Ltd

Un journaliste a été engagé par une agence de presse en juillet 1987, son contrat de travail étant soumis à la Convention collective nationale des journalistes. À la suite d'un différend né entre les parties, la société a licencié le journaliste en janvier 2015, pour cause réelle et sérieuse. Celui-ci, disposant d'une ancienneté supérieure à quinze ans à la date de son licenciement a saisi la Commission arbitrale des journalistes instituée par l'article L. 7112-4 du code du travail. Celle-ci s'est déclarée incompétente. Le journaliste a fait appel de cette décision.

Pour solliciter l'annulation de la décision déferée, le demandeur se prévalait du principe de l'estoppel, faisant valoir que la société aurait soutenu, tant devant le conseil de prud'hommes que devant la cour d'appel, que la fixation de son indemnité de licenciement relevait de la seule compétence de la Commission arbitrale des journalistes, avant de soulever son incompétence. La cour d'appel répond que l'appréciation qu'une partie peut porter sur la compétence d'une instance juridictionnelle est parfaitement inopérante au regard de celle que la loi lui attribue. La cour rejette le moyen.

La cour rejette ensuite la demande subsidiaire tendant à voir reconnaître la compétence de la Commission arbitrale pour déterminer le montant de son indemnité de licenciement, eu égard à sa qualité de journaliste. Les juges relèvent que cette qualité, qui englobe les journalistes travaillant pour des agences de presse, ne saurait pour autant avoir pour effet de leur faire bénéficier des dispositions des articles L. 7112-2 à L. 7112-4 du code du travail, réservées aux seuls journalistes salariés d'entreprises de journaux et périodiques. La Commission arbitrale des journalistes n'est donc pas compétente pour se prononcer sur le

montant de l'indemnité de licenciement versée aux journalistes travaillant pour des agences de presse, comme c'est le cas du demandeur. La décision de la Commission est confirmée.

**LP** Cet arrêt sera commenté dans un prochain numéro

### 373-17 Un journaliste salarié d'une agence de presse ne peut prétendre à l'indemnité de rupture spécifique instituée par l'article L. 7112-3 du code du travail

Paris, pôle 6, ch. 7, 8 novembre 2018, n° 17/02228, M<sup>me</sup> X. c/ S<sup>te</sup> Agenzia Nazionale Stampa Associata

Une femme a été embauchée par une agence de presse en qualité de journaliste rédactrice débutante, selon un contrat du 1<sup>er</sup> janvier 2006, auquel s'est succédé un contrat de journaliste pigiste daté de mai 2010. La journaliste a saisi le conseil de prud'hommes en mars 2014 pour voir requalifier son contrat de journaliste pigiste en contrat à temps complet de journaliste permanent et obtenir un rappel de salaires. Quelques mois plus tard, son employeur lui a notifié son licenciement pour motif économique. La journaliste a également contesté son licenciement devant le conseil de prud'hommes. Le conseil a jugé que le contrat liant les parties était un contrat à temps complet en qualité de journaliste permanent avec une ancienneté au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Il a condamné l'agence de presse à verser à la requérante diverses sommes à titre de rappel de salaire, prime de 13<sup>e</sup> mois et d'ancienneté, et a débouté la journaliste pour le surplus. Cette dernière a fait appel.

La cour infirme le jugement en ce qu'il a dit que le contrat de travail était un contrat à temps complet en qualité de journaliste permanent. Elle considère en particulier qu'il n'est pas établi que la journaliste était tenue de consacrer une partie déterminée de son temps à l'agence, ni de se tenir en permanence à disposition de son employeur.

Elle confirme en revanche le jugement en ce qu'il a rejeté la demande portant sur le travail dissimulé, dès lors qu'il n'est pas démontré que l'employeur aurait intentionnellement cherché à occulter des piges effectuées par la journaliste.

Par ailleurs, la cour considère, à l'inverse des premiers juges, que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, car il n'était pas possible de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'agence et la suppression de l'emploi de la journaliste.

S'agissant du rappel d'indemnité conventionnelle de licenciement, la cour note qu'il résulte de l'article L. 7112-2 du code du travail que seules les personnes mentionnées à l'article L. 7112-3, et liées par un contrat de travail à une entreprise de journaux et périodiques, peuvent prétendre à l'indemnité de congédiement instituée par l'article L. 7112-3. Il ne peut donc être fait droit à la demande de la requérante qui a travaillé pour une agence de presse et non une entreprise de journaux et périodiques.

**👁** Voir également ci-dessus

## USURPATION D'IDENTITÉ

### 373-18 Le délit d'usurpation d'identité numérique suppose, pour être constitué, la volonté de se faire passer pour autrui

TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 23 mai 2019, n° 17114000554, Ministère public c/ Jean-Paul M. et a.

Emmanuel Macron, a porté plainte en avril 2017, alors qu'il était candidat à l'élection présidentielle, après avoir constaté

la diffusion de courriers électroniques émanant d'une adresse emmanuel.macron.enmarche@gmail.com. L'enquête a permis d'identifier deux hommes à l'origine de ces agissements, lesquels ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel pour y répondre des faits d'usurpation d'identité sur un réseau de communication au public en ligne, délit prévu par l'article 226-4-1 du code pénal.

Le tribunal, dans un précédent jugement, a fait droit à la demande d'un des prévenus de voir transmettre une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation portant sur la compatibilité de l'article 226-4-1 au principe de liberté d'expression garanti par la Constitution. La Haute juridiction a jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel ladite QPC, dès lors que la limitation portée à la liberté d'expression par l'article visé était justifiée par la nécessité de garantir le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public.

Par la présente décision, les juges rejettent les moyens de nullité présentés en défense. Ils considèrent en effet que les convocations effectuées ont répondu aux exigences de l'article 390-1 du code de procédure pénale. De plus la poursuite, diligentée sur le fondement de l'article 226-4-1 du code pénal, n'était pas soumise aux exigences de la loi du 29 juillet 1881, contrairement à ce qui était soutenu par les prévenus.

Le tribunal se prononce ensuite, au fond, sur le délit d'usurpation d'identité numérique. Il constate que les prévenus ont créé une fausse adresse de courriel au nom d'Emmanuel Macron et ont diffusé à partir de cette adresse un message signé « Emmanuel ». L'adresse de courriel reprend des éléments d'identité d'Emmanuel Macron. Toutefois, le message envoyé fait état des dix bonnes raisons de ne pas voter pour le candidat, et appelle à signer une pétition « imposture-macron ». Ainsi, les lecteurs de ce message ne peuvent ignorer qu'il ne s'agit pas d'un véritable message signé du candidat, mais d'un courriel parodique.

De même, si l'adresse mail reprend les prénom et nom d'Emmanuel Macron, cet usage de données, qui permet certes d'identifier le tiers, ne permet pas, non plus, d'entrer en voie de condamnation. En effet, au sens de l'article 226-4-1 du code pénal, l'usage de données permettant d'identifier un tiers suppose une volonté de se faire passer pour celui-ci, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le délit n'est donc pas constitué, dès lors qu'un des éléments constitutifs du délit fait défaut. Les prévenus sont relaxés.

## VIE PRIVÉE

**373-19 La pièce de théâtre *Les Deux Frères et les Lions*, racontant le destin des frères Barclay, ne porte pas atteinte à la vie privée**

TGI Caen, 2<sup>e</sup> ch. civ., 2 juillet 2019, n° 18/02475, David B. c/ Hédi T. et a.

La pièce de théâtre *Les Deux Frères et les Lions* dresse le portrait de frères jumeaux issus d'un milieu pauvre qui vont devenir à la fin du XX<sup>e</sup> siècle l'une des plus grosses fortunes de Grande-Bretagne. Elle a été jouée plus de 250 fois à Paris, ainsi qu'en province, notamment au Mémorial de Caen, lors de deux représentations. Estimant que le texte de cette pièce et que les représentations portaient atteinte à sa vie privée ainsi qu'à son honneur et à sa considération, l'un des frères concernés a assigné l'auteur et l'éditeur du texte, ainsi

que les sociétés productrices de la pièce pour obtenir l'interdiction de toute nouvelle représentation de l'œuvre.

Pour le tribunal, le demandeur qui s'estimait personnellement dénigré dans la pièce, doit démontrer qu'il avait un intérêt à agir. Pour ce faire, il doit justifier que la pièce permet de l'identifier en créant un rapprochement suffisant entre le personnage et lui-même, à titre individuel, aux yeux du public. Les juges estiment, s'agissant des représentations de la pièce, qu'il n'est pas établi que le texte théâtral communiqué au public est identique au texte écrit. À défaut d'établir le déroulé des représentations au Mémorial de Caen et le contenu du texte joué à ces dates, le demandeur n'établit pas la réalité des propos tenus devant le public, susceptibles d'être attentatoires à sa vie privée, à son honneur et sa réputation. Il n'est donc pas recevable à agir à ce titre. S'agissant du texte édité de la pièce, il ressort que la prescription est acquise concernant la diffamation. Sur les atteintes à la vie privée, le texte ne permet pas d'individualiser le requérant de façon autonome, tant en qualité d'ainé des deux frères que dans les traits propres de sa personnalité. Il reste que l'identification du demandeur réside dans la simple constatation qu'il s'agit de l'un des deux personnages principaux de la pièce. Pour les juges, cela suffit à justifier son intérêt à agir, s'agissant de l'ouvrage édité.

Le tribunal rappelle ensuite que la protection de la vie privée doit être mise en balance avec la liberté de création artistique consacrée par la loi du 7 juillet 2016. La recherche d'un tel équilibre s'inscrit dans le cadre particulier de la création théâtrale. Les juges estiment que le demandeur sollicite des mesures radicales au regard du principe de la liberté d'expression et de diffusion, qui doivent se justifier par des atteintes d'une particulière gravité à sa vie privée. Le tribunal observe que la pièce s'inspire de faits réels, à savoir le destin extraordinaire des frères jumeaux devenus milliardaires. Ces faits ont été portés à la connaissance du public depuis de nombreuses années et constituent une source d'inspiration libre. Le tribunal insiste également sur le style propre à la pièce litigieuse, qui relève du théâtre contemporain, et qui instaure une distanciation forte entre les frères et les personnages, par le biais d'attitudes volontairement excessives ou de lieux imaginaires.

Les griefs d'atteinte à la vie privée formulés par le demandeur portaient sur les mentions de la pièce relatives à son enfance, son mariage, son château, et sa relation avec son frère. Le tribunal note qu'il n'y a pas dans le texte de la pièce de faits révélés qui ne soient déjà connus du public, ou de faits fictifs et péjoratifs susceptibles de constituer une ingérence d'une particulière gravité dans la vie professionnelle ou familiale du demandeur, ou d'altérer sa personnalité aux yeux du lecteur. Le tribunal déboute le requérant de l'ensemble de ses demandes. Il fait droit aux demandes reconventionnelles présentées par les défendeurs, considérant que les mesures sollicitées par le demandeur avaient pour effet d'entraver la liberté de création artistique, et avaient un effet dissuasif sur l'action de la société éditrice et les sociétés de production. Le demandeur devra verser 6 000 € à l'auteur du texte de la pièce, 3 000 € à la société d'édition, et 5 000 € à l'association et aux sociétés coproductrices de la pièce pour atteinte à la liberté de diffusion. Le tribunal ordonne enfin la publication d'un communiqué judiciaire dans la presse.

## OUVRAGES

### La procédure pénale en droit de la presse

Evan Raschel

Si le droit de la presse est connu pour sa complexité, ce sont plus précisément son régime procédural dérogatoire et ses fameuses « chausse-trappes » qui sont redoutés des praticiens. Il n'existait pourtant jusqu'ici aucun ouvrage spécialement dédié à



ces difficultés procédurales, prévues essentiellement par la loi du 29 juillet 1881. Tel est l'objet de celui-ci, centré sur les aspects pénaux du droit de la presse, qui sont enrichis par différentes comparaisons avec le contentieux civil. La matière est – ici comme ailleurs – envisagée largement, comme visant tout abus de la liberté d'expression : presse et édition, audiovisuel et (surtout) internet, et enfin certaines expressions, écrites ou orales, indépendamment de leur transmission par un quelconque média. Les expressions publiques et non-publiques sont donc concernées. C'est dans la spécificité de la procédure pénale de presse au regard du droit commun que réside l'intérêt de cet ouvrage, c'est donc autour de ses seules difficultés qu'il est construit – indépendamment, notamment, du contenu des incriminations, qui est cependant et nécessairement évoqué par endroits. Le plan est ainsi articulé autour de six parties : la prescription de l'action publique ; les acteurs du procès pénal de presse ; les investigations ; la saisine des juridictions ; le jugement de l'infraction de presse ; la contestation du procès pénal de presse. L'ouvrage est à jour au 1<sup>er</sup> juin 2019, et intègre les dernières évolutions jurisprudentielles et législatives, notamment celles issues de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice. L'auteur est agrégé de droit privé et sciences criminelles, professeur à l'Université Clermont Auvergne et directeur adjoint du Centre Michel de l'Hospital.

*Gazette du Palais,*  
coll. « Guide pratique », 300 pages, 34 €

### Droit du e-commerce et du marketing digital

Sécuriser et développer votre e-business - Stratégie de social média - Gestion de sa e-réputation

Romain Gola

Le marketing digital a pris une place de plus en plus importante en entreprise. Véritable levier de performance, il est garant de la promotion des marques et de l'optimisation de la e-réputation. Dans un environnement où la digitalisation est passée à la vitesse supérieure, l'e-marketing est devenu un moyen de communication incontournable.



Aujourd'hui plus que jamais, une réglementation juridique précise doit être respectée. Cet ouvrage a pour objectifs d'aider : à comprendre le cadre juridique du e-commerce et du marketing digital ; à sécuriser et valoriser les sites web marchands ; à prévenir les litiges et limiter les coûts judiciaires. Ce véritable guide pratique du droit du marketing digital comprend de nombreux exemples, tableaux...

*Gualino, 1<sup>re</sup> éd., 432 pages, 45 €*

### Justice et médias

#### La tentation du populisme

Olivia Dufour

Et si les médias étaient en passe de se substituer à la justice ? Multiplication des pétitions contre les jugements, organisation d'enquêtes et de procès parallèles aux procédures judiciaires sur les chaînes d'information en continu, lynchages sur internet. Autant d'indices révélant une offensive de plus en plus violente de l'opinion contre l'institution judiciaire et les principes qui la fondent. Déjà le secret de l'instruction et la présomption d'innocence



## DANS LES AUTRES REVUES

- V. L. Benabou, La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier, JCP 2019. 693
- B. Beignier (sous la dir. de), Droit de la presse, JCP 2019. 786
- M. Vivant, Le règne de l'infox, D. 2019. 1441

## AGENDA

Septembre

**19 septembre, Paris**  
**Dialogues du juge et de l'innovation**  
Colloque annuel de l'IRPI  
Inscriptions sur [www.irpi.fr](http://www.irpi.fr)

Octobre

**4 octobre, Paris**  
**La publication scientifique à l'heure des fake news : Comment favoriser l'intégrité scientifique ?**  
Syndicat de la presse culturelle et scientifique  
Inscriptions : [www.fnps.fr](http://www.fnps.fr)

Novembre

**15 novembre, Paris**  
**Réseaux sociaux, médias en ligne, partage de contenus : responsabilité ou impunité ?**  
Forum Légipresse  
Maison du Barreau de Paris  
[forum@legipresse.com](mailto:forum@legipresse.com)

ont quasiment disparu. La liberté de parole de l'avocat dans le prétoire est remise en cause.

La justice ne résiste plus aux révélations médiatiques et se sent contrainte de réagir instantanément pour ne pas être à la traîne des journalistes. On en vient même à instrumentaliser le procès pour le transformer en tribune médiatique. La forteresse judiciaire se fissure sous les coups de boutoir de l'opinion. Peu à peu, le système médiatique impose ses propres valeurs, l'immédiateté, le manichéisme, le spectaculaire, l'émotion. La justice est devenue l'un des champs de bataille les plus violents du populisme. Pire, des phénomènes de vengeance privée commencent à émerger dans le monde entier *via* les réseaux sociaux. Il est urgent de réagir.

*LGDJ, 300 pages, 24 €*

## Un an d'application du RGPD : la fin du commencement

Ce bilan-perspective de première année de mise en œuvre du RGPD établit une synthèse autour de points d'attention que doivent avoir les éditeurs de contenus et de services en ligne, et plus généralement toute entreprise traitant des données à caractère personnel, alors que l'« An II » du RGPD vient de s'ouvrir sur les nouvelles lignes directrices de la CNIL, publiées le 19 juillet 2019. Abrogeant les recommandations « cookies et traceurs » de décembre 2013, ces lignes directrices viennent ouvrir une phase de concertation avec les professionnels jusqu'en novembre 2019, en vue de définir des modalités pratiques et techniques de recueil, d'expression et de preuve du consentement lors du dépôt de cookies et autres traceurs.

Un an... Un an déjà – et un an seulement – qu'une vague de colloques, de publicités, de reportages multiples et d'une coûteuse propagande de la peur, a déferlé sur les entreprises européennes. Comme un tsunami réglementaire qui faisait, aux yeux de certains, passer le RGPD<sup>1</sup> pour le nouveau bug de l'an 2000 et les conduisait à consulter les oracles sur le risque de ne rien faire... Au lieu de faire.

L'irrationnelle agitation précédant le 25 mai 2018 a laissé place à l'application du RGPD, dont les interprétations ont débuté tambour battant au cours de cette première année et prendront encore d'autres années à s'approfondir autour d'enjeux structurants, d'ores et déjà urgents : partage des responsabilités, encadrement de l'innovation, compétitivité européenne, extra-territorialité, rôle des juges européens et conflits avec de nouvelles législations-remparts nées hors de l'Union européenne.

### I – ÉDITO : DE LA PEUR (DU RGPD) À L'APESANTEUR (D'EPRIVACY)

Parmi les entreprises qui fournissent des services aux particuliers, les éditeurs de services en ligne sont probablement, par leur dépendance économique à la publicité digitale, les plus impactés par l'avènement du RGPD, davantage encore que les e-commerçants ou la grande distribution. Non pas parce que le RGPD serait révolutionnaire en tous points. Mais parce que son articulation avec la directive ePrivacy<sup>2</sup> en vigueur place les exigences de consentement des personnes au cœur d'un cisaillement d'interprétations que les régulateurs européens n'ont pas encore clarifié à ce jour.

Dans sa rédaction en vigueur depuis 2010, cette directive ePrivacy soumet toute forme de traçabilité informatique à un principe de nécessité pour établir une communication électronique ou,

Joséphine Beaufour  
Marianne Bourny  
Olga Kurochkina  
Anaïs Ligot  
Emmanuelle Maisonnial  
Violaine Selosse  
Lucile Rolinet  
Claude Armingaud  
Étienne Drouard  
Cabinet K&L Gates

à défaut d'une telle nécessité, à l'exigence du consentement explicite et préalable de l'utilisateur avant tout autre usage : données de connexion à internet, suivi de navigation, géo-localisation, cookies et autres traceurs, mesure d'audience, prospection électronique, publicité digitale, etc. Quasiment toutes les communications électroniques sont régulées par la directive ePrivacy, c'est-à-dire rien de moins que ce qui fonde l'économie numérique et l'essentiel de la croissance européenne.

Or, la définition du consentement a été laissée intacte par le RGPD depuis la directive 95/46/CE qui lui précédait, de même que la directive ePrivacy en vigueur, qui fait référence à cette même définition, est demeurée inchangée jusqu'à nouvel ordre.

Toutefois, l'interprétation théorique et pratique du consentement s'est durcie drastiquement depuis un an, par l'effet de lignes directrices et de sanctions qui placent le consentement au-delà de toute autre considération, qu'elle soit économique ou factuelle, sans clarifier les répartitions de responsabilité pour définir qui doit faire quoi et comment. L'insécurité juridique qui s'ensuit devient asphyxiante pour l'ensemble des acteurs de la publicité digitale et crée l'urgence d'une clarification, car aucun modèle économique ne supporte d'être en apesanteur. Celui des médias dépend de la publicité digitale, qui repose sur la monétisation de la navigation des utilisateurs. D'où la nécessité d'une articulation lisible entre « RGPD » et « ePrivacy » (pt VIII ci-dessous).

### A – La collision des rapports de force dès le 25 mai 2018

Dès le 25 mai 2018, les éditeurs ont fait face à un bouleversement de la répartition des responsabilités entre les acteurs des réseaux publicitaires, du seul fait d'une inversion des rapports de force contractuels et d'une incertitude complète sur les conditions pratiques de recueil d'un consentement nouvellement interprété. Cette phase d'incertitude provient principalement du fait que certains grands prestataires de publicité ont, du jour au lendemain, choisi de se comporter

1. Règl. (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016 abrogeant la dir. 95/46/CE (RGPD).  
2. Dir. ePrivacy (Vie privée et communications électroniques) 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 2002.

comme des donneurs d'ordres à l'égard de l'éditeur de services en ligne en lui enjoignant de recueillir le consentement de ses visiteurs au nom et pour le compte de ces prestataires publicitaires et de leurs partenaires tiers.

Cette inversion des rapports de force résulte, d'une part, de l'augmentation de la publicité programmatique (65 % désormais) dans le mix-publicitaire digital, qui impose à l'éditeur de fournir des données pour pouvoir commercialiser ses espaces publicitaires. Elle résulte, d'autre part, du prétexte de l'entrée en vigueur du RGPD, qui a servi d'amplificateur au déploiement du *Transparency and Consent Framework* (« TCF ») de l'Interactive Advertising Bureau (« IAB ») Europe<sup>3</sup>. Enfin, elle résulte, en France, d'exigences imposées par les services de la CNIL entre juillet 2018 et février 2019 à quatre *start-up* frappées par des mises en demeure publiques relatives au consentement en matière de géolocalisation publicitaire<sup>4</sup>. À travers ces « tractations de couloir », c'est une nouvelle interprétation du consentement à l'usage publicitaire des données de navigation qui est apparue dans des procédures sans le moindre débat contradictoire ni la moindre pédagogie collective.

Alors que les recommandations de la CNIL de décembre 2013 sur les cookies et autres traceurs<sup>5</sup> paraissaient rester en vigueur, elles semblaient doublement remises en cause. D'une part, par les mises en demeure feuilletonnées par la CNIL entre juillet 2018 et février 2019. D'autre part, par les prestataires des réseaux publicitaires qui exigent désormais des éditeurs de leur donner des garanties de consentement tous azimuts et à leur bénéfice personnel. À l'issue de cette première année et malgré leurs efforts de concertation avec la CNIL, nombre d'éditeurs ont ainsi eu de bonnes raisons de se décourager dans leurs investissements de mise en conformité, faute de disposer d'une trajectoire suffisamment lisible ou stable.

## B – Ça ira mieux demain

C'est dire si cette première année d'application du RGPD a été inquiétante pour les éditeurs, qui ont dû continuer d'absorber des coûts d'adaptation, une réduction de leur marge de manœuvre sur leurs modèles économiques et une menace croissante des régulateurs qui conçoivent des évolutions réglementaires sans se soucier de leur contexte d'application économique, technique et concurrentiel. Même si ce panorama général peut sembler très pessimiste, « le pire n'est pas toujours sûr ». Cet adage qu'aimait à répéter à l'envi Jacques Fauvet, ancien président de la CNIL, peut nous conduire à voir l'avenir de manière optimiste, justement parce que l'actualité n'a jamais été aussi instable.

3. IAB Europe, *Transparency and Consent Framework* : <https://advertisingconsent.eu/>.

4. V. sur [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr) les mises en demeure de Fidzup et Teemo le 19 juillet 2018, Singlespot le 23 octobre 2018 et Vectaury le 9 novembre 2018 pour invalidité du consentement au traitement de données de géolocalisation à des fins de ciblage publicitaire.

5. <https://bit.ly/2YdlQFm>.

Les incertitudes réglementaires sont à leur paroxysme. Elles ne peuvent donc que décroître. Les rapports de force économiques et contractuels n'ont jamais été autant déséquilibrés au détriment des éditeurs. Leurs efforts pour infléchir le TCF de l'IAB Europe auront donc forcément des effets positifs à moyen terme si les clarifications promises par les régulateurs réhabilitent des rapports de droit disparus en 2018 sous la seule pression des rapports de forces économiques.

Enfin, la prise de conscience politique et sociale du rôle démocratique indispensable des médias professionnels, apportant à l'information une rigueur et une qualité objectives dans le débat social, place chacun face à ses responsabilités.

Les médias et la presse en général ne vivent pas de la publicité par plaisir, mais par construction, depuis toujours et aussi longtemps que des revenus publicitaires leur seront accessibles pour leur permettre d'exister. Cette publicité est désormais digitale et personnalisée. Ce n'est pas le fait des éditeurs, mais cela place les enjeux de pluralisme, de viabilité des modèles économiques et de protection des données personnelles au cœur d'un débat politique qui nécessite de prendre de la hauteur. C'est avec cette hauteur de vue que le RGPD a été adopté après quatre années d'âpres négociations. Résumer son application à un régime de consentement, c'est-à-dire d'interdiction présumée, reviendrait à ne pas appliquer le RGPD tel qu'il a été adopté par l'Union européenne.

Si c'est au pied du mur que l'on devient optimiste, nous y sommes. Gageons que la période 2019-2020 apporte les perspectives de sécurité juridique dont les éditeurs de services en ligne (et les acteurs européens de l'innovation en général) ont un besoin vital.

L'« An II » du RGPD s'est ouvert sur de nouvelles lignes directrices de la CNIL, publiées le 19 juillet 2019<sup>6</sup>, qui abrogent les recommandations « cookies et traceurs » de décembre 2013, tout en ouvrant de septembre à novembre 2019 une phase de concertation avec les professionnels et certains représentants des consommateurs, en vue de définir des modalités pratiques et techniques de recueil, d'expression et de preuve du consentement lors du dépôt de cookies et autres traceurs.

La CNIL annonce d'ores et déjà qu'elle adoptera le 19 décembre 2019 ses recommandations faisant suite à cette phase de dialogue. Elle les soumettra ensuite à une consultation publique jusqu'en février 2020. Les entreprises auront alors six mois de transition pour se conformer aux nouvelles exigences pratiques de la CNIL. Jusqu'à la fin de cette période transitoire (juillet 2020), les éditeurs qui sont actuellement en conformité avec les recommandations de 2013, pourtant abrogées, ne seront pas sanctionnés par la CNIL.

6. Délib. n° 2019-093 du 4 juill. 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'art. 82 de la loi du 6 janv. 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs), *JORF* n° 0166 du 19 juill. 2019 (rectificatif), Texte n° 92 (NOR: CNIL1920776Z) : <https://bit.ly/2SunPkt>

Pour ce bilan-perspective de première année du RGPD, nous avons souhaité établir une synthèse autour de points d'attention que doivent avoir les éditeurs de contenus et de services en ligne, mais plus généralement, pour toute entreprise traitant des données à caractère personnel après un an de mise en application du RGPD.

Des premiers éléments importants ont été clarifiés par des « Lignes Directrices » nombreuses et riches du Comité européen de la protection des données (« CEPD »)<sup>7</sup>, non contraignantes, ainsi que par des mises en demeure et des sanctions des autorités nationales de protection des données et des arrêts importants de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »). Bien évidemment, il reste encore de nombreux points à éclaircir pour les régulateurs, les entreprises et les résidents européens afin de pouvoir tirer « le meilleur » de l'applicabilité du RGPD, en trouvant le nécessaire équilibre entre les droits et les libertés fondamentales des personnes et la compétitivité de l'Union européenne.

## II – CONFORMITÉ INTERNE : QUELS SONT LES PILIERS DE LA « COMPLIANCE RGPD » ?

La jungle spontanée des « certificats », « labels » et « sceaux » de conformité au RGPD qui a envahi nos messageries est née pour préparer l'entrée en vigueur du règlement. Une année plus tard, force est de constater qu'elle ne suffit cependant pas à transformer la conformité interne d'une entreprise avec des solutions de prêt-à-porter réglementaire. Ça se saurait.

On peut recycler des modèles de contrats, des modèles d'engagements théoriques, des modèles d'inventaires. Mais la conformité n'est pas un paquet cadeau ficelé par un joli ruban rose que personne ne viendra retirer. La conformité est le résultat d'un alliage cohérent entre l'infrastructure de fonctionnement, l'activité produite, le marché considéré, la culture collective et de convictions sincères à l'épreuve du réel et des imprévus. À cet égard, le RGPD n'est pas comparable à une norme internationale de sécurité informatique ou d'écritures comptables. C'est le résultat d'objectifs politiques, juridiques, sociaux et technologiques dont les implications pour une organisation déterminée sont stratégiques, géographiques, organisationnelles, informatiques, contractuelles, commerciales et pédagogiques.

En somme, la véritable conformité au RGPD implique moins de connaître les nuances de rédaction du RGPD, que de connaître l'entreprise concernée, son écosystème, sa culture et sa stratégie, auxquels il faut s'adapter pour que la conformité passe du statut de contrainte externe à celui d'avantage compétitif.

7. Le CEPD est un organe européen indépendant qui contribue à l'application cohérente des règles en matière de protection des données au sein de l'Union européenne et encourage la coopération entre autorités de l'UE chargées de la protection des données. Institué par le RGPD, il remplace le Groupe de travail article 29 (ou G29).

## A – La gouvernance coordonnée par un.e Data Protection Officer (DPO)

La question du délégué à la protection des données (« DPO ») demeure souvent centrale. Si sa désignation n'est obligatoire que dans certains cas prédéterminés<sup>8</sup>, elle peut permettre aux entreprises d'en faire, compte tenu des fonctions et missions du DPO, un véritable pilote de leur programme de mise en conformité<sup>9</sup> ; une option légale qui est massivement choisie puisqu'en France, la CNIL indique que 64 000 organismes ont désigné un DPO au premier semestre 2019<sup>10</sup>.

Il s'agit ensuite de recenser, et surtout, de comprendre les traitements de données mis en œuvre par l'organisation concernée, en tant que responsable de traitement<sup>11</sup> ou de sous-traitant<sup>12</sup>.

## B – Cartographier ses traitements de données et les auditer

L'étape de cartographie et d'audit est cruciale pour permettre à une organisation de déterminer le plan d'action de sa mise en conformité : faut-il une étude approfondie des risques sur certains traitements<sup>13</sup> ? Renforcer les mesures de sécurité<sup>14</sup> ou la culture des « actifs immatériels » de l'entreprise ? Modifier les documents contractuels ou d'information ? L'organisation agit-elle en tant que responsable de traitement, de cotraitant, ou de sous-traitant ?

L'audit de l'existant répond à l'une des obligations du responsable de traitement : la documentation de la conformité. Il ne s'agit pas seulement d'être en règle avec le RGPD, mais d'être en mesure de le démontrer. Le registre des traitements<sup>15</sup> s'inscrit dans cette démarche : obligatoire pour quasiment toutes les entreprises et administrations<sup>16</sup>, il leur permet utilement de maîtriser leur patrimoine de données personnelles. Il constitue d'ailleurs certainement le premier document qui sera communiqué sur simple demande (de quiconque, y compris un concurrent) ou en cas de contrôle.

Pour qu'il devienne véritablement un outil utile de l'entreprise, l'inventaire des traitements de données peut être enrichi d'informations complémentaires, d'une feuille de route pour son évolution, etc. Quitte à en créer deux versions : l'une, opérationnelle, pour suivre l'avancement de la conformité ; l'autre, ne contenant

8. RGPD, art. 37.

9. RGPD, art. 38 et 39.

10. CNIL, Rapport d'activité 2018 et des enjeux 2019 du 15 avr. 2019.

11. RGPD, art. 24 et s.

12. RGPD, art. 28 et s.

13. Pour l'analyse d'impact, v. la section 3 (art. 35 et 36) du RGPD.

14. Pour la sécurité des données, v. la section 2 (art. 32 et s.) du RGPD.

15. RGPD, art. 30.

16. Bien que l'art. 30.5 du RGPD prévoit que les entreprises de moins de 250 salariés peuvent, si elles ne traitent pas de données personnelles de façon régulière dans le cadre de leur activité, être dispensées de registre, il n'en constitue pas moins la preuve la plus simple de la conformité d'une société. La CNIL en propose une version simplifiée à destination des TPE/PME.

que les informations essentielles, pourra être montré à toute personne ou autorité habilitée.

C'est seulement une fois l'audit mené qu'il deviendra possible d'aborder enfin la partie visible de l'iceberg : la relation de la société avec les tiers : les rapports de force, les contrats définissant la relation entre les parties, ainsi que les responsabilités de chacune (v. section VII-A ci-dessous).

### C – Dire ce qu'on fait et faire ce qu'on dit

Pour les personnes dont les données sont traitées (clients, salariés, etc.), il convient de rédiger ou de mettre à jour des politiques ou chartes<sup>17</sup>, des mentions d'information, des parcours et modalités d'exercice de leurs droits<sup>18</sup>. En effet, le respect des droits des personnes doit être effectif : au responsable de traitement de donner les moyens et aux personnes concernées de les utiliser. La mise en place de procédures en interne permettra de maintenir une réelle conformité, en intégrant des processus de qualité et d'anticipation « *privacy by default* » et « *privacy by design* »<sup>19</sup> pour chaque nouveau traitement, en automatisant les processus de purge ou d'archivage de données<sup>20</sup>, en préparant la gestion pluridisciplinaire des crises que constituent les violations de données<sup>21</sup>, en organisant des formations et des simulations pour les dirigeants et les salariés.

Les entreprises et administrations qui peuvent prétendre être prêtes sur tous les sujets, un an après l'entrée en vigueur du RGPD se comptent en quelques dizaines... en étant optimiste. Elles deviendront, avec le temps, des dizaines de milliers. L'intensité de l'effort de mise en mouvement est toujours difficile à obtenir et, pourtant, moins essentielle, à long terme, que le développement d'une culture de la valeur et de la pérennité de l'entreprise à travers la protection des données qu'elle traite.

## III – FOCUS SUR LE CONSENTEMENT, LA TRANSPARENCE, LE PROFILAGE ET LA TERRITORIALITÉ

### A – Le consentement, grand favori des régulateurs, parmi six bases légales... pourtant égales

Le consentement n'est pas un concept nouveau en protection des données personnelles, ni en général d'ailleurs. Déjà inscrit dans la loi « Informatique et libertés » de 1978<sup>22</sup> et repris dans la Convention 108 du Conseil de l'Europe de 1980, le consentement a été défini à l'échelon européen par la directive 95/46/CE. Il est repris quasiment à l'identique par l'article 4.11 du RGPD. Le CEPD lui a cependant dédié des lignes directrices de près de trente-six pages<sup>23</sup>, qui marquent un véritable culte du consentement et

17. Pour les informations devant être communiquées aux personnes concernées, v. les art. 13 et 14 du RGPD.

18. V. le chap. III du RGPD (art. 12 et s.).

19. RGPD, art. 25.

20. RGPD, art. 5.

21. RGPD, art. 33 et 34.

22. Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 6 mai 2019.

23. Lignes directrices sur le consentement au sens du règl. (UE) 2016/679 adoptées le 28 nov. 2017, version révisée et adoptée le 10 avr. 2018.

conforte une croyance populaire selon laquelle, depuis l'avènement du RGPD, les données personnelles ne peuvent désormais être traitées que sous réserve du consentement de la personne concernée. À tort.

Le consentement n'a jamais été conçu et ne l'est pas plus depuis l'entrée en vigueur du RGPD, comme un principe prioritaire qui serait assorti d'exceptions, mais comme l'une des six bases légales retenues par le RGPD, dont aucune n'a de priorité de principe sur une autre<sup>24</sup>.

Les caractéristiques du consentement « à l'européenne » résultant du RGPD ne sont pas celles des cultures contractualistes. Ce consentement-là ne se confond pas avec un consensus ou le fruit d'une négociation, ni, surtout, avec l'adhésion à un contrat.

Le consentement doit être...

- **librement donné** (ni acheté, ni vendu), c'est-à-dire que la personne concernée doit avoir effectué un choix réel et exercer un contrôle effectif sur son consentement, sans la moindre contrepartie, ni avantage, ni menace, ni risque de détriment ;

- **spécifique**, c'est-à-dire que le consentement ne peut être valide que s'il a été donné par la personne concernée après qu'elle ait pu prendre connaissance des finalités du traitement de ses données et sous réserve d'une distinction claire des informations liées à l'obtention de ce consentement, par rapport à d'autres considérations de nature fonctionnelle ou contractuelle, par exemple.

- tandis que la directive 95/46/CE mentionne le caractère « informé », le RGPD fait désormais place au caractère « éclairé et univoque », c'est-à-dire que le consentement doit être fourni suite à la fourniture d'informations précises de la part du responsable de traitement (caractère éclairé), par une déclaration ou un acte positif clair (caractère univoque).

Toute entreprise, qu'elle soit responsable, responsable conjoint ou co-traitant de données personnelles, doit déterminer avant tout traitement de données, la base légale la plus appropriée et la plus adaptée à sa situation et au type de traitement qu'elle envisage.

Le consentement est la dernière d'entre elle dans l'ordre chronologique de l'analyse, car lorsqu'aucune autre base légale ne s'impose ou ne se justifie, il ne reste que celle du consentement individuel et discrétionnaire des personnes, rendant par essence aléatoires et rétractables à tout moment la collecte et l'usage des données susceptibles d'être traitées.

### B – La transparence : un principe fondamental renforcé par le RGPD

La transparence est une exigence fondamentale du RGPD, comme des textes qui l'ont précédé en matière de protection des données à caractère personnel. Elle doit susciter l'éducation et la confiance

24. RGPD, art. 6.

de la personne concernée en lui expliquant pourquoi, comment et par quels acteurs ses données ont vocation à être utilisées. Pour les entreprises, elle est le gage de leur « *accountability* » : leur capacité à rendre compte de leur conformité est engagée par comparaison avec leur discours. Et chaque mot compte à l'heure des contentieux éventuels<sup>25</sup>.

Le CEPD a adopté des lignes directrices sur la transparence<sup>26</sup>, qui visent à préciser l'obligation en la matière à la charge des entreprises.

Le RGPD ne définit pas précisément la transparence<sup>27</sup>, mais précise qu'elle est intrinsèquement liée à l'accessibilité et la clarté de l'information qui est communiquée aux personnes concernées.

Par conséquent, elle s'applique de façon générale, quelle que soit la base légale (pt III-A ci-dessus) du traitement, et ce tout au long du traitement des données. Les entreprises bénéficient ainsi d'une grande latitude pour adapter la transparence à leurs modes de communication habituels et aux personnes concernées.

- **Sur la forme**, il leur appartient de distinguer clairement les informations en lien avec la vie privée, des autres informations de nature contractuelle, servicielle ou fonctionnelle (par ex., les CGVs), et de s'assurer que les personnes concernées ont toujours un accès direct aux informations requises, peu important le support (papier, dématérialisé, téléphonique).

- **Sur le fond**, les termes utilisés doivent être clairs et simples, adaptés au public concerné, quitte à effectuer une phase de test préalable auprès de panels d'utilisateurs.

La connaissance et la maîtrise précises par le responsable de traitement de l'utilisation qu'il fait – ou qu'il laisse faire – des données qu'il traite, des différents intervenants ultérieurs ou d'éventuels flux hors de l'Union européenne, sont par conséquent essentielles à une information complète et sincère. À cet égard, les engagements bienveillants peuvent coûter très cher quand leur généralité est contredite par la réalité, ce qui impose de revisiter régulièrement la véracité des affirmations volontaristes du type « Nous ne [...] jamais vos données à des tiers ».

Le risque d'un excès de transparence consiste encore trop souvent à submerger l'utilisateur sous un tel flot d'informations, qu'il ne parvient plus à distinguer l'essentiel du superflu. Au demeurant, les régulateurs européens avouent eux-mêmes, dans leurs propres lignes directrices sur la transparence qu'ils n'ont pas encore trouvé le point d'équilibre idéal entre l'exigence d'une information complète<sup>28</sup> et celle d'une information concise, transparente, compréhensible et aisément accessible.

25. RGPD, art. 5.2.

26. Lignes directrices sur la transparence au sens du régl. (UE) 2016/679, adoptées le 29 nov. 2017, révisées et adoptées le 11 avr. 2018.

27. Le consid. 39 du RGPD prévoit cependant que « le principe de transparence exige que toute information et communication relatives au traitement de ces données à caractère personnel soient aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples ».

28. La liste précise figure aux art. 13 et 14 du RGPD.

## C - Profilage, décisions automatisées et ciblage publicitaire

En distinguant le profilage et la prise de décision automatisée, les lignes directrices sur le profilage<sup>29</sup> ont une portée pédagogique importante : les vingt premières pages expliquent ce que sont le profilage et la prise de décision automatisée et rappellent les principes généraux de la protection des données personnelles, les bases légales définies par le RGPD, ainsi que les droits et garanties offerts aux personnes, tout en fournissant des exemples pratiques relatifs au profilage.

Cependant, les dernières pages de ces lignes directrices laissent entendre que certaines formes de publicité ciblée pourraient

être soumises au consentement des personnes, car elles pourraient avoir, dans certaines circonstances, des effets juridiques d'exclusion ou de discrimination<sup>30</sup>.

L'article 22 du RGPD relatif au profilage et aux décisions automatisées retient pourtant le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, « produisant des effets juridiques

la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Ainsi, le RGPD a consacré un droit d'opposition à la prise de décision automatisée et les acteurs du débat législatif entourant le RGPD s'en souviennent clairement.

En s'appuyant sur la sémantique négative de rédaction de l'article 22, le CEPD estime désormais que le RGPD aurait établi une « interdiction générale »<sup>31</sup> des décisions individuelles entièrement automatisées, y compris le profilage, sauf si la personne a donné son consentement explicite. Ou comment interpréter l'inverse de ce qui a été arbitré par le législateur il y a à peine trois ans.

En pratique, le profilage est une opération de traitement forcément distincte de la collecte d'une donnée brute. Ainsi, si le consentement au profilage était exigé, son obtention serait *de facto* impossible, pour deux raisons principales.

- D'une part, personne n'aurait la moindre raison, au moment de la collecte de ses données, de consentir librement au profilage sans la moindre contrepartie. Lorsqu'on respecte scrupuleusement les conditions de validité du consentement (point 3.1 ci-dessus), on sait qu'il est fondamentalement incompatible avec la nature même des activités de profilage.

- D'autre part, l'exigence du consentement au profilage publicitaire a un défaut « chronologique », puisqu'elle requerrait deux consentements successifs et distincts. Un premier consentement à la collecte de données *via* un cookie ou un traceur ou des données de géolocalisation, cette collecte étant soumise

29. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du régl. (UE) 2016/679 adoptés le 3 octobre 2017, révisées et adoptées le 6 févr. 2018.

30. *Ibid.*, p. 23.

31. *Ibid.*, p. 9 et s.

au consentement par la directive ePrivacy<sup>32</sup>. Puis un second consentement serait, selon certains, exigé pour l'usage ultérieur de ces données à des fins de ciblage publicitaire basé sur le profilage. Or, ces deux phases de traitement de données peuvent être le fruit d'acteurs différents, être mises en œuvre par des moyens différents et être, par conséquent, fondées sur des bases légales différentes. Le profilage, en particulier, ne peut valablement résulter que de la démonstration d'un équilibre entre des mesures de protection suffisantes des droits et libertés des personnes et un intérêt légitime du responsable des traitements de profilage.

Une prohibition de principe ou une exigence impérative de consentement laisserait chacun seul face à des choix individuels que le RGPD assigne aux régulateurs d'arbitrer sur le plan sociétal. En effet, l'attrait pour un service et l'aversion pour la publicité ne peuvent suffire à fonder une décision individuelle prise dans l'immédiateté et l'avidité d'accéder à un service. Contrairement à ce qu'affirmait Mark Zuckerberg devant le Sénat américain fin 2018<sup>33</sup>, le consentement individuel ne doit pas être érigé en principe, sauf à incarner une démission du devoir de réguler la protection des données personnelles au niveau sociétal et économique, régional et mondial et à laisser à l'individu la charge de se protéger ou de regretter de ne pas l'avoir fait assez tôt.

#### D - La territorialité du RGPD

Le 23 novembre 2018, le CEPD a adopté des lignes directrices<sup>34</sup> clarifiant la portée territoriale du RGPD<sup>35</sup>. Celui-ci s'applique à toute entreprise ayant un établissement dans l'Union européenne (UE) et traitant des données personnelles dans le cadre des activités de cet établissement<sup>36</sup>, en tenant compte des variables suivantes.

- **Le degré de stabilité d'un établissement** dans l'UE doit être pris en compte pour déterminer si l'entreprise a un établissement au sens du RGPD et
- Les activités de l'établissement et le traitement de données doivent avoir un **lien étroit**. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'établissement prenne part directement au traitement des données personnelles par le responsable du traitement ou par le sous-traitant non basé dans l'UE.

Il doit exister **une connexion entre les activités de traitement et l'offre de biens ou de services** pour que le RGPD s'applique. Le simple accès à un site internet depuis l'un des pays membres de l'Union européenne n'est pas, en soi, suffisant pour démontrer l'intention de l'éditeur de fournir des biens ou des services à des personnes situées dans l'UE.

32. Art. 5.3 de la dir. ePrivacy pour les cookies et traceurs en ligne et l'art. 6.3 de la dir. ePrivacy pour les données de géolocalisation.

33. M. Zuckerberg lors de son audition public au Sénat américain le 4 oct. 2018, accessible à l'adresse : accessible sur <https://wapo.st/30SOaeL>.

34. Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR, adopted on 16 November 2018.

35. Le champ d'application territorial du RGPD est prévu à l'art. 3 du RGPD.

36. RGPD, art. 3 (1).

Un responsable du traitement situé hors de l'UE et qui fait appel à un sous-traitant européen pour mener des activités qui resteront hors de l'UE et qui ne cibleront pas des personnes résidant dans l'UE, n'est pas tenu de se conformer au RGPD. Le cas échéant, l'intervention du sous-traitant situé dans l'UE sera soumise uniquement à quelques dispositions pertinentes du RGPD : respect de la finalité, sécurité, confidentialité, collaboration<sup>37</sup>.

Par ailleurs, la protection du RGPD bénéficie à toute personne physique située sur le territoire de l'UE ainsi qu'à son comportement dans l'UE, indépendamment de sa nationalité ou de son statut légal.

Les lignes directrices sur la territorialité ont également clarifié les critères de désignation d'un représentant situé dans l'UE<sup>38</sup> pour les responsables de traitement et les sous-traitants non européens. Ces lignes directrices sur la territorialité ont le mérite de préciser de nombreux points qui n'étaient pas clairs pour les entreprises, et notamment pour les éditeurs de services en ligne. Cependant, lorsque les entreprises s'interrogent sur l'applicabilité du RGPD, pour la totalité ou pour une partie de leurs traitements, elles ne pourront faire l'économie d'une analyse *in concreto* des divers critères croisés dégagés par le CEPD.

## IV - ANALYSES D'IMPACT : COMMENT OBJECTIVER LA NOTION DE « RISQUE ÉLEVÉ » ?

### A - « Tout ce qui augmente la liberté, augmente la responsabilité »<sup>39</sup>

En mettant fin ou presque aux mécanismes de formalités préalables pour les entreprises (déclarations ou demandes d'autorisation), le RGPD laisse place à une logique d'autonomie des entreprises. Parmi les nouveaux outils mis en place, les analyses d'impact relatives à la protection des données personnelles (« AIPD ») laissent une grande marge de manœuvre – et d'insécurité – aux entreprises pour analyser les risques que leurs activités sont susceptibles de présenter sur la protection des données et sur les droits des personnes concernées.

Une telle liberté n'est pas un cadeau, tant au regard des sanctions encourues<sup>40</sup>, que de la difficulté à distinguer les situations où une AIPD est nécessaire, des situations où elle est facultative. En effet, la réalisation d'une AIPD n'est obligatoire, en vertu de l'article 35(1) du RGPD que lorsqu'un traitement de données personnelles est susceptible d'engendrer un « **risque élevé pour les droits et libertés des personnes** ».

Or, la notion de « risque élevé » n'a été définie nulle part dans le RGPD, faute d'un consensus à cet égard. L'article 35(3) du RGPD

37. V. not. l'art. 28 du RGPD.

38. Les critères de désignation sont définis à l'art. 27 du RGPD.

39. V. Hugo, *Actes et paroles - depuis l'exil*, vol. 5.

40. En vertu de l'art. 83(4) du RGPD le fait de ne pas réaliser d'AIPD lorsque cela est nécessaire ou de la réaliser d'une manière incorrecte expose les entreprises à une amende administrative pouvant s'élever jusqu'à 10 millions d'euros ou 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu.

apporte un début de réponse en décrivant plusieurs situations dans lesquelles une analyse d'impact est nécessaire<sup>41</sup>. Cette liste n'est cependant pas exhaustive. Aussi doit-on consulter les lignes directrices du CEPD<sup>42</sup> pour obtenir une liste de neuf critères potentiellement pertinents.

## B - Le CEPD, à la recherche d'une liste non exhaustive, mais de plus en plus longue

Le CEPD précise que plus le traitement remplit de critères, plus il est susceptible de présenter un risque élevé et donc de nécessiter une AIPD. Néanmoins, le seul fait que ces critères ne soient pas remplis ne permet pas pour autant de conclure à l'absence de nécessité de conduire une AIPD.

## C - Le maquis des libertés réglementaires locales

En complément des critères établis par le CEPD, chacune des trente-et-une autorités de contrôle national établit et publie sa propre liste nationale des types de traitement pour lesquels une AIPD est localement requise<sup>43</sup>.

Différant tant sur la forme que sur le fond, l'analyse de ces listes nationales ne permet pas d'identifier des tendances marquées. De plus, ces listes ne sont pas toujours accessibles, soit parce qu'elles n'ont pas été publiées, soit parce qu'aucune traduction en anglais n'est proposée à ce jour. Ainsi, à défaut de pouvoir réellement comparer les listes nationales, les avis du CEPD sur ces listes nationales apparaissent comme riches d'enseignement. Le CEPD invite notamment toutes les autorités nationales – à l'exclusion du Danemark, « bon élève »<sup>44</sup> – à revoir leurs listes en incluant ou excluant certains traitements et en alignant les termes employés dans les listes nationales aux termes des lignes directrices du CEPD. Les listes des autorités nationales sont amenées à être modifiées pour atteindre le Graal de l'harmonisation promise par le RGPD.

En l'état, approcher la notion de « risque élevé » et identifier les situations nécessitant une AIPD est un exercice incertain. On peut d'ailleurs se demander s'il n'aurait pas été préférable de choisir l'approche opposée et de définir plutôt les traitements ne nécessitant pas une AIPD. En effet, prises par leur obligation

de publier une liste « noire » de traitements soumis à une AIPD, les autorités des États membres en ont oublié de publier une liste « blanche », possibilité pourtant prévue par le RGPD<sup>45</sup>. Ainsi, seuls quelques pays comme l'Autriche ont, en l'état, publié une liste des types d'opérations ne nécessitant pas une AIPD<sup>46</sup>. Il reste donc à souhaiter que le CEPD, présidé par l'autrichienne Andrea Jelinek, encouragera les autorités nationales à publier à leur tour des « listes blanches »... afin qu'aux côtés d'une certaine liberté (de se tromper) subsiste une certaine sécurité juridique.

## V - NOTIFIER OU NE PAS NOTIFIER UNE VIOLATION, TELLE EST LA QUESTION

### A - Le nombre total de notifications illustre une grande imprécision du RGPD

À la lecture de la définition d'une violation de données à caractère personnel dans le RGPD<sup>47</sup>, les entreprises, depuis son entrée en vigueur, peuvent légitimement se demander si et quand elles doivent notifier une violation de données personnelles.

Face au doute béant laissé par les régulateurs en ce domaine, il semblerait que les entreprises optent pour la notification à outrance. La CNIL a ainsi reçu 1 170 notifications en 2018<sup>48</sup>. Son homologue irlandaise a reçu 4 740 notifications durant la même période, ce nombre ayant doublé en un an<sup>49</sup>. L'autorité néerlandaise, pour sa part, a reçu 20 881 notifications en 2018, en augmentation de 109 % par rapport à l'année 2017<sup>50</sup>.

À force de sur-notifier, le principe de précaution retenu par la plupart des entreprises peut se muer en auto-incrimination. En effet, toute violation d'une règle de protection des données personnelles (y compris l'obligation de sécurité) ne constitue pas forcément une violation de données à caractère personnel<sup>51</sup>. Ainsi, une sécurité insuffisante doit être distinguée d'une violation de la confidentialité d'une donnée. De la même manière, le détournement de la finalité d'un traitement de données personnelles ne constituera pas à lui seul une violation de données à caractère personnel, dès lors que le périmètre des accès autorisés aux données ainsi détournées n'a pas été étendu. Enfin, une probable violation ou une suspicion de violation de données ne constitue pas une violation de données personnelles, tant qu'elle n'est pas raisonnablement avérée.

« Il reste à souhaiter que le CEPD encouragera les autorités nationales à publier des « listes blanches »... afin qu'aux côtés d'une certaine liberté (de se tromper) subsiste une certaine sécurité juridique. »

41. Art. 35(3) du RGPD : « L'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels concernant des personnes physiques, qui est fondée sur un traitement automatisé, y compris le profilage, et sur la base de laquelle sont prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire ; le traitement à grande échelle de catégories particulières de données visées à l'article 9, paragraphe 1 [données dites « sensibles »], ou de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à l'article 10 ; ou la surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public ».

42. Lignes directrices concernant l'AIPD et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du régl. (UE) 2016/679, adoptées le 4 avr. 2017.

43. L'établissement de listes par les autorités nationales ressort notamment de l'art. 35(4) du RGPD. Non seulement les 28 autorités de contrôle des États membres de l'UE ont publié de telles listes mais également les autorités des pays de l'EEE que sont la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande.

44. Opinion 24/2018, Denmark SAs DPIA List.

45. RGPD, art. 35(5).

46. Verordnung der Datenschutzbehörde über die Ausnahmen von der Datenschutz-Folgenabschätzung, publiée le 25. Mai 2018 au Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich - équivalent du journal officiel français.

47. Art. 4.12) du RGPD qui définit une violation de données à caractère personnel comme toute « violation de la sécurité entraînant, de manière accidentelle ou illicite, la destruction, la perte, l'altération, la divulgation non autorisée de données à caractère personnel transmises, conservées ou traitées d'une autre manière, ou l'accès non autorisé à de telles données ».

48. V. note n° 57.

49. A. Weckler, *Data protection cases soar: three times as many breaches reported to commissioner as five years ago*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2tKIUvx>

50. Autoriteit persoonsgegevens, Rapport d'activités 2018, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2LzE3lf>

51. RGPD, art. 32.

## B - À force de multiplier les critères, faut-il notifier ?

Une notification à l'autorité compétente n'est obligatoire que lorsque la violation constatée (avérée) est susceptible d'engendrer un « risque » pour les droits et libertés des personnes<sup>52</sup>.

Le responsable de traitement, pour décider ou non de notifier, doit évaluer la probabilité et l'intensité de ce risque en tenant compte des lignes directrices du CEPD relatives à la notification des violations de données à caractère personnel<sup>53</sup>. Celles-ci s'appuient sur les considérants 75 et 76 du RGPD et recommandent notamment de prendre en compte la gravité et la vraisemblance du risque, ainsi que différents critères tels que la nature des données, l'identification des personnes concernées ou le type de violation.

Ces critères ne sont néanmoins ni hiérarchisés ni détaillés, que ce soit par le RGPD ou par les lignes directrices. L'entreprise devra donc identifier les plus importants pour les droits et libertés des personnes afin d'évaluer si la violation engendre ce fameux « risque » déclencheur d'une notification.

## C - Le point de départ du délai de 72 heures pour notifier

Dernière difficulté pour un responsable de traitement : celle de savoir quand le « compte à rebours » des 72 heures pour notifier commence. Lors d'une violation de données personnelles, le RGPD impose au responsable du traitement de notifier à l'autorité compétente la violation dans les meilleurs délais, et si possible, dans les 72 heures de la connaissance de la violation<sup>54</sup>. Le responsable de la sécurité informatique peut savoir qu'il y a une faille de sécurité ou un accès non sécurisé aux données, sans pour autant être « raisonnablement certain »<sup>55</sup> que cet accès soit constitutif d'une violation de données personnelles. Lors de ses différentes vérifications, son degré de certitude va évoluer. Il sera donc de la responsabilité de la personne en charge des vérifications dans l'entreprise de décider à quel moment cette connaissance est suffisante afin de notifier dans les délais impartis. Ce critère de la connaissance est donc un avantage pour les entreprises qui peuvent décider, dans une certaine mesure, le moment exact où commence à courir ce délai de 72 heures.

En conclusion, la notification d'une violation de données personnelles n'est donc pas anodine pour l'entreprise. En notifiant, le responsable du traitement déclare à l'autorité compétente qu'il a subi une violation de données à caractère personnel et s'expose à la suspicion d'une faible sécurité informatique, d'une investigation par l'autorité compétente et de poursuites en indemnisation de la part des personnes concernées par la violation. La confiance de l'entreprise dans sa décision de notifier ou de ne pas notifier à l'autorité compétente devra donc être

52. RGPD, art. 33.1.

53. V. note n° 42.

54. RGPD, art. 33.1.

55. Les lignes directrices sur la notification de violations de données à caractère personnel ont précisé sur ce point que la connaissance est acquise lors du responsable de traitement est raisonnablement certain qu'un incident s'est produit.

directement liée à sa capacité à pouvoir justifier de sa propre décision et du raisonnement qui en a résulté.

## VI - RGPD : UN AN DE SANCTIONS ET DE DÉCISIONS-CLÉ

### A - L'explosion de nombre de plaintes : la rançon du succès médiatique du RGPD

Après huit mois d'application du RGPD, les autorités de contrôle de l'Espace économique européen (EEE) avaient déjà enregistré un total de 206 326 saisines qu'elles classaient comme des plaintes. L'essentiel de ces saisines porte sur l'exercice des droits des personnes (en particulier les demandes d'accès et de déréférencement des moteurs de recherche)<sup>56</sup>. C'est d'ailleurs l'un des axes de contrôle annoncés par la CNIL pour 2019<sup>57</sup>. Les autorités de contrôle ne manquent pas non plus de s'autosaisir suite à la révélation de fuites de données par la presse ou par les notifications effectuées par les entreprises elles-mêmes. À cet égard, les violations de confidentialité des données ont beaucoup alimenté les contentieux sur le RGPD<sup>58</sup>.

### B - La sanction médiatique, reine incontestable des sanctions

Avant la sanction financière, la publicité d'une violation du RGPD est en elle-même pénalisante. À titre d'exemple, la résonance médiatique du scandale Cambridge Analytica de Facebook a eu un impact financier bien plus important que l'amende de 500 000 £ prononcée par l'autorité de contrôle britannique le 24 octobre 2018<sup>59</sup>.

De même, la publicité d'une mise en demeure d'une entreprise dont le modèle économique repose principalement sur l'exploitation de données peut être plus handicapante qu'une amende lorsqu'elle stoppe immédiatement les relations commerciales avec les partenaires de la société concernée, au point de dépasser largement le plafond de 4 % de chiffre d'affaires fixé par le RGPD. Dans cet ordre d'idée, la CNIL a prononcé en 2018 quarante-neuf mises en demeure, dont une dizaine furent rendues publiques, dans le domaine des assurances et de la publicité géo-ciblée. Manifestement, la nouveauté des arbitrages juridiques véhiculés par la CNIL à travers certaines mises en demeure publiques ne semble pas être un frein à cette mise au pilori des entreprises ainsi montrées du doigt, qui n'ont d'autre choix que d'obéir pour survivre et espérer reprendre une activité normale, sans bénéficier du débat contradictoire qu'offrirait un processus d'amende.

56. Rapport annuel DCP Ireland, p. 18 : 30 % des plaintes en Irlande concernent le droit d'accès, suivi de 22 % « Multinational complaint » et 15 % « Unfair Processing of Data ».

57. CNIL, 15 avr. 2019, Communiqué de presse sur le bilan 2018 et enjeux 2019, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2R5dOtg>

58. Affaires *LfDI Baden-Württemberg* (Allemagne), 21 nov 2018, « Knuddels » accessible à l'adresse : <https://bit.ly/30UMBNN> ; *Comissao Nacional de Proteccao de Dados* (Portugal), « Centro Hospitalar Barreiro Montijo », information supplémentaire accessible sur <https://bit.ly/2FH2zUR> ; *Information and Data Protection Commissioner* (Malte), 18 févr. 2019, « Lands Authority » accessible sur <https://bit.ly/30MYLYO>.

59. Communiqué de presse de l'ICO sur la sanction contre Facebook dans l'affaire *Cambridge Analytica* : <https://bit.ly/20KNuqm>

## C - Des amendes qui manquent encore de raisonnement généralisable

Le 14 mars 2019, le CEPD a publié son rapport sur l'application du RGPD, révélant que onze autorités nationales avaient déjà infligé, au 31 janvier 2019, une somme totale de 55,9 millions d'euros d'amendes, dont 50 millions d'euros infligés par la CNIL à l'encontre de Google LLC (USA) le 21 janvier 2019<sup>60</sup>. L'augmentation du plafond des sanctions (jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires consolidé) était l'une des grandes nouveautés du RGPD. À cet égard Elizabeth Denham, commissaire de l'ICO – l'Information Commissioner britannique – (homologue de notre CNIL française), a rappelé que l'amende infligée à Facebook dans l'affaire Cambridge Analytica aurait été bien plus élevée si les faits avaient relevé du RGPD<sup>61</sup>.

On observe que le montant des amendes administratives varie logiquement selon la nature des données concernées (données sensibles...), la durée, la source et la gravité de la violation du RGPD ou le chiffre d'affaires du responsable de traitement. En ce sens, on relèvera que l'autorité polonaise a infligé une amende de 220 000 € pour manquement à l'obligation d'information de 90 000 personnes suite à la collecte indirecte de leurs données auprès d'une base de données publique<sup>62</sup>.

Cependant, le RGPD n'a pas fait exploser de manière générale le montant des sanctions. Les plus petites sanctions connues sous le RGPD sont de quelques milliers d'euros et les sanctions prises par la CNIL jusqu'en mai 2019 représentaient moins de 1 % du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée.

## D - Les juridictions locales ou spécialisées agissent déjà en parallèle des régulateurs nationaux

Le contrôle du respect du RGPD n'est pas le monopole de la CNIL, comme en attestent trois affaires du Tribunal de grande instance (TGI) de Paris rendues le 7 août 2018<sup>63</sup>, le 12 février 2019<sup>64</sup> et le 9 avril 2019<sup>65</sup> respectivement contre Twitter, Google et Facebook. Le Tribunal de Paris a ainsi examiné les conditions générales d'utilisation et/ou politiques de confidentialité au regard du droit de la consommation, lorsque les modèles économiques en cause sont fondés sur la monétisation des données personnelles.

Premièrement, le tribunal de grande instance a qualifié les CGU de ces services de « contrats de consommation » en retenant que la commercialisation ultérieure des données renseignées

par l'utilisateur pouvait être considérée comme une contrepartie financière caractérisant ainsi un contrat à titre onéreux entre un professionnel et un consommateur. Deuxièmement, le tribunal a considéré que l'information sur le traitement des données personnelles n'était pas suffisante et que la rédaction trop vague ne permettait pas à l'utilisateur de consentir librement et de manière éclairée au contrat.

« Le contrôle du respect du RGPD n'est pas le monopole de la CNIL, comme en attestent trois affaires du (TGI) de Paris respectivement contre Twitter, Google et Facebook. »

Enfin le droit des données personnelles devient un outil de mesure du respect du droit de la concurrence. L'autorité de la concurrence allemande a condamné Facebook le 7 février 2019<sup>66</sup> pour abus de position dominante car, lors de la création d'un compte sur Facebook, le réseau

social partageait les données des utilisateurs avec les autres réseaux sociaux du groupe Facebook (e.g. Instagram, WhatsApp), sans laisser aux utilisateurs le choix de consentir ou non au partage de leurs données.

En contrepoint, la collaboration entre les autorités de protection des données et les autorités de la concurrence pourrait se renforcer, comme le prévoit le nouveau protocole de coopération entre la CNIL et la DGCCRF annoncé le 31 janvier 2019<sup>67</sup>.

## E - Les décisions de la CJUE fixeront la véritable jurisprudence européenne du RGPD

Cette première année de RGPD s'est concentrée sur la définition par la CJUE des obligations du responsable de traitement, dans des affaires relevant de l'ancienne directive 95/46/CE du 24 octobre 1995<sup>68</sup>, mais dont les raisonnements suivis sont transposables au RGPD.

Dans l'affaire *Wirtschaftsakademie* du 5 juin 2018<sup>69</sup>, la CJUE a retenu que l'administrateur d'une page Facebook est responsable conjointement avec Facebook du traitement des données des visiteurs de sa page, sans que cela n'implique un accès par chacun aux données personnelles concernées. Cette interprétation large de la notion de responsable de traitement est reprise dans les conclusions de l'avocat général du 19 décembre 2018 pour une autre affaire *Fashion ID*<sup>70</sup>, actuellement en cours d'examen par la CJUE et qui pourrait étendre à un éditeur de services intégrant un plug-in de réseau social, la responsabilité du fournisseur du réseau social en question. L'arrêt de la CJUE est très attendu puisqu'il pourrait bouleverser l'écosystème des acteurs de l'édition numérique et des annonceurs, qui ont énormément recours à des boutons de réseaux sociaux pour leurs activités.

60. CNIL, 21 janv. 2019, *Google LLC*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2S04IRn>

61. ICO, 24 oct. 2018, *Facebook Ireland Ltd*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2OKNuqm>

62. UODO, 15 mars 2019, *Bisnode*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2GmgJJQ>

63. TGI Paris, 7 août 2018, *UFC Que Choisir c/ Twitter Inc.*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2Z6GHZd>

64. TGI Paris, 12 févr. 2019, *UFC Que Choisir c/ Google Inc.* accessible à l'adresse : <https://bit.ly/30QuiJn>

65. TGI Paris, 9 avr. 2019, *UFC Que Choisir c/ Facebook Inc.* accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2JLrAPQ>

66. Bundeskartellamt, 7 févr. 2019, *Facebook*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2UbEHQ3>

67. CNIL, 31 janv. 2019, communiqué de presse, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2DNJBd0>

68. Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

69. CJUE 5 juin 2018, aff. C-210/16, *Wirtschaftsakademie*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/30XKI2T>

70. CJUE 19 déc. 2018, aff. C-40/17, *Fashion ID*, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2JqfUk>

## VII - LE CŒUR DU RGPD SERA-T-IL POUR 2019-2020 ?

### A - La répartition des rôles et des responsabilités des acteurs

Pour le secteur de l'édition électronique de services et de contenus, l'entrée en vigueur du RGPD le 25 mai 2018 a entraîné un bouleversement quasi immédiat des rapports de forces contractuels avec leurs partenaires et prestataires de publicité digitale. Dans de nombreux cas, sous le prétexte de la conformité au RGPD, ces derniers ont réussi à imposer aux éditeurs des contrats ou avenants basculant le recueil de consentement des utilisateurs sur l'éditeur uniquement, peu important son absence de contrôle effectif sur les traitements de données réalisés par ses prestataires ou par leurs partenaires tiers, avec lesquels l'éditeur n'entretient aucune relation directe.

La relation contractuelle « classique » décrite extensivement par le RGPD implique un responsable de traitement et un sous-traitant. Le responsable du traitement est défini comme « la personne [...] qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement »<sup>71</sup>. Le sous-traitant, quant à lui, est réputé traiter les données uniquement pour le compte du responsable du traitement et sous les seules instructions de ce dernier, qui reste responsable des éventuelles fautes ou carences de son sous-traitant.

#### 1 - La « vraie » sous-traitance est rare

La fiction d'un rapport de forces entre un responsable du traitement omnipotent et un sous-traitant servile, ne correspond que très rarement à la réalité opérationnelle. En effet, le sous-traitant n'est pas souvent une SSII fournissant des prestations informatiques *ad hoc* et sur commande. Le sous-traitant a, le plus souvent, une complète autonomie dans la conception, les fonctionnalités, la géographie et le modèle économique des prestations informatiques qu'il propose « clé en main » à ses clients.

Même si le responsable du traitement décide d'externaliser une partie des traitements de données personnelles, il ne détermine jamais l'ensemble des moyens techniques de traitement mis en œuvre par son prestataire. Ainsi, le « donneur d'ordres » ne détermine pas vraiment seul les finalités et les moyens du traitement, ces deux conditions étant cumulatives pour la qualification d'un responsable du traitement.

#### 2 - La responsabilité conjointe des... responsables conjoints

Le RGPD envisage subsidiairement un deuxième type de rapports entre les parties, dont il n'exige pas la contractualisation : la responsabilité conjointe entre les responsables d'un même traitement de données, qui ont déterminé ensemble les finalités et les moyens dudit traitement<sup>72</sup>. Par sa nature, ce régime tend à confondre, sans les distinguer, les actions respectives de deux ou plusieurs acteurs :

71. RGPD, art. 4.7).

72. RGPD, art. 26.

- soit d'un responsable de traitement et de son sous-traitant qui aurait agi en dehors des instructions dudit responsable ;
- soit entre deux responsables de traitement agissant de concert par une convergence assumée des finalités, des moyens ou des deux.

Cette confusion des rôles entraîne la responsabilité conjointe des parties, peu important leur rôle effectif dans chaque opération de traitement de données. Cette confusion n'est en réalité favorable à aucun acteur, ni à la manifestation de la vérité des rôles respectifs de chacun.

#### 3 - La responsabilité distincte des... responsables distincts

Un autre type de relations entre les parties, n'est pas décrit dans le RGPD. Il s'agit de la relation de cotraitance (pour la distinguer de la responsabilité conjointe) entre des acteurs disposant d'un même ensemble de données, mais qui poursuivent des finalités distinctes ou qui recourent à des moyens distincts ou partiellement communs.

Les relations de cotraitance sont, elles aussi, très rarement contractualisées. Elles n'ont pas forcément une contrepartie financière. Elles ne sont la plupart du temps même pas discutées entre les parties, chaque acteur agissant dans son coin pour ses propres intérêts et sous sa propre responsabilité.

En l'absence d'un encadrement contractuel, la séparation des responsabilités risque de n'être qu'une illusion. Ainsi, les relations, par exemple, entre un éditeur de contenus en ligne et Facebook qui collecte les données personnelles des visiteurs de son service à l'aide du bouton « J'aime » intégré au sein du service, risquent d'être qualifiées de responsabilité conjointe (tel est l'avis de l'avocat général dans l'affaire *Fashion ID* devant la CJUE)<sup>73</sup>, entre deux parties qui ne partagent pas de données, ne poursuivent pas d'objectif convergent et ne recourent pas à des moyens communs de traitement.

En réalité, en l'absence d'une communauté d'intérêts, aucun acteur n'a intérêt à être soumis à un régime de responsabilité conjointe avec un tiers situé à l'autre bout d'une succession hiératique de traitements de données résultant d'acteurs qui s'ignorent ou s'opposent.

Si la relation de cotraitance n'est pas prévue par le RGPD, elle n'est pas pour autant ignorée par le régulateur. La CNIL a déjà eu l'occasion de reconnaître la notion de cotraitance et d'accepter l'argument de la répartition des responsabilités distinctes des parties dans sa décision de janvier 2018 concernant Darty<sup>74</sup>.

Il appartient d'abord aux régulateurs – ou, à défaut, à la CJUE – d'établir des critères objectifs permettant de distinguer les responsabilités respectives des maillons d'une succession de

73. J. Beaufour et E. Drouard, Bouton Facebook : l'éditeur est-il (co) responsable ? De quoi ?, Legipresse n° 369, mars 2019, p. 163.

74. Délibération de la formation restreinte n° SAN-2018-001 du 8 janv. 2018 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Etablissements Darty et Fils, accessible à l'adresse : <https://bit.ly/2FjdZ7M>.

traitements distincts, reposant sur des bases légales différentes ou résultant d'acteurs dont la qualification juridique peut osciller de responsable à sous-traitant d'un tiers.

Il est désormais urgent pour les acteurs privés, d'expliquer leurs interactions et de justifier par les faits la distinction de leurs rôles et de leurs responsabilités respectives, soit au sein d'un groupe de sociétés, soit dans leurs rapports avec des tiers. La contractualisation des relations de cotraitance permet ainsi d'anticiper et de prévenir des erreurs de jugement, dans l'intérêt de toutes les parties.

## B - L'exercice des droits des personnes

Dans son rapport d'activité retraçant l'année 2018<sup>75</sup>, la CNIL a annoncé que son action de contrôle pour 2019 se concentrera tout particulièrement sur l'exercice pratique des droits des personnes. Et pour cause : en 2018, environ 73 % des plaintes reçues par la CNIL portaient sur le non-respect de l'exercice d'un droit conféré par le RGPD. En parallèle, 70 % des Français se disent plus sensibles aujourd'hui que ces dernières années à la protection de leurs données personnelles<sup>76</sup>.

Dans cette veine, l'ONG autrichienne *noyb.eu* (None Of Your Business) fondée par Max Schrems en 2018, a procédé, depuis l'entrée en vigueur du RGPD, à huit demandes de droit d'accès auprès de huit sociétés proposant en Europe des services de vidéo ou de musique à la demande<sup>77</sup>. Deux sociétés n'ont jamais répondu. Les six autres sont accusées d'avoir fourni des informations incomplètes (sans liste de destinataires ou sans durée de conservation) et certaines d'entre elles ont fourni des réponses permettant de constater qu'elles n'avaient pas rempli leur obligation de suppression des données.

Les décisions qui seront rendues par l'autorité de contrôle autrichienne dans ces huit affaires apporteront certainement des éclaircissements sur les mesures pratiques à mettre en œuvre pour les entreprises.

## VIII - FUTUR RÈGLEMENT EPRIVACY : OÙ EN EST-ON ? OÙ VA-T-ON ?

Si ces douze derniers mois ont été marqués par l'engouement suscité par l'entrée en vigueur du RGPD<sup>78</sup>, il s'agit également d'une année riche en débats, réflexions, désaccords et compromis entre les États membres de l'Union européenne, actuellement réunis au Conseil de l'Union européenne (ci-après, le « Conseil »), afin de s'accorder sur les modifications à apporter à la proposition de règlement ePrivacy<sup>79</sup>, publiée par la Commission européenne le 10 janvier 2017 (ci-après, la « Proposition »).

75. V. note n° 57.

76. *Ibid.*

77. Blog de Noyb accessible à l'adresse : [https://noyb.eu/access\\_streaming/](https://noyb.eu/access_streaming/)

78. RGPD n° 2016-679 du 27 avr. 2016.

79. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques, 2017/0003 (COD), 10 janvier 2017.

## A - ePrivacy, c'est l'économie numérique européenne d'aujourd'hui et de demain

Le règlement ePrivacy aura vocation à se substituer à l'actuelle directive ePrivacy n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002, et à compléter le RGPD dans les domaines (i) de la fourniture et de l'utilisation de services de communication électroniques, et (ii) des traitements de données relatives aux équipements terminaux des utilisateurs.

L'enjeu est de taille pour les acteurs de services en ligne, puisque cette réglementation régira toutes les activités touchant à l'identification et à la traçabilité des terminaux (cookies<sup>80</sup>, IdFA<sup>81</sup>, AAID<sup>82</sup>, SDK<sup>83</sup>...) ; au profilage des usages et comportements européens sur les réseaux de communication électronique, la connectivité GSM<sup>84</sup> (3G, 4G, 5G), par câble, satellite, wifi ou Bluetooth ; à la géolocalisation des terminaux ; la communication entre machines ; l'usage d'un téléphone fixe, mobile, fax ou courrier commercial...

Cette énumération étourdissante correspond à rien de moins que l'essentiel de l'économie numérique d'aujourd'hui et de demain.

S'il est évident que les secteurs principalement impactés par le futur règlement seront ceux de la publicité et des médias – dont la survie dépend en grande partie de ses rendements publicitaires – l'innovation européenne en matière d'intelligence artificielle (villes connectées, prédiction comportementale) et de traçabilité numérique est également en ligne de mire.

## B - Une logique binaire, entre interdiction et consentement

ePrivacy divise, et ce depuis la publication de la Proposition publiée par la Commission européenne le 10 janvier 2017. En effet, y est proposée une vision binaire, et donc très limitée, des traitements portant sur les données de communication électronique<sup>85</sup>. Ces derniers sont autorisés :

- soit parce qu'ils sont strictement nécessaires à la fourniture de services limitativement énumérés par la Proposition (par ex., les métadonnées ne peuvent être traitées que pour satisfaire aux prescriptions obligatoires en matière de qualité de service, ou pour établir des factures, détecter des fraudes à l'usage et à l'abonnement)<sup>86</sup> ;
- soit parce que l'utilisateur y a consenti<sup>87</sup>.

80. <https://www.cnil.fr/fr/definition/cookie>.

81. *Identifier For Advertisers* : identifiant temporaire d'un terminal mobile Apple, dédié à l'usage publicitaire.

82. *Android Advertising Identifier* : identifiant temporaire d'un terminal mobile Android, dédié à l'usage publicitaire.

83. *Software Development Kit* : composant logiciel de programmation d'une application mobile. Il existe plusieurs types de SDK dont un dédié à la mesure d'audience et publicitaire pour constater l'utilisation d'une application et y insérer des publicités.

84. *Global System for Mobile Communications*.

85. Au sens de l'art. 3 (k) de la Proposition, on entend par données de communications électroniques, « le contenu de communications électroniques et les métadonnées de communications électroniques ».

86. Art. 6 de la Proposition.

87. La Proposition reprend la définition de consentement issue de l'art. 4.11 et 7 du RGPD.

Il est regrettable que la Proposition se concentre uniquement sur la base légale du consentement de l'utilisateur, alors que le RGPD en liste cinq autres, de valeur égale en principe.

### C - Le projet d'article 10 sur l'identifiant d'un terminal connecté

Le consentement est au cœur des discussions entourant le très controversé article 10 de la Proposition. Celui-ci dispose qu'« au moment de [son] installation, le logiciel informe l'utilisateur des paramètres de confidentialité disponibles et, avant de continuer l'installation, lui impose d'en accepter un ».

En d'autres termes, il est envisagé que les utilisateurs européens puissent, au moment de l'installation d'un logiciel de navigation sur leur terminal (ou de l'installation d'une nouvelle version de ce logiciel), choisir de consentir ou de refuser le dépôt de cookies dans leur terminal. Le consentement ne serait donc pas spécifique<sup>88</sup> et il serait déporté au moment de l'installation du logiciel de navigation et non plus au moment de la consultation d'un service en ligne.

Rappelons qu'aujourd'hui l'internaute est informé du dépôt de cookies sur son terminal par le fournisseur de services en ligne, au moment de la consultation de son site. L'internaute est informé des finalités et des destinataires de tels cookies et a la possibilité d'accepter ou de refuser leur dépôt au gré de sa navigation sur internet.

Si l'article 10 de la Proposition a pour ambition d'éradiquer la « clic fatigue »<sup>89</sup>, elle impacterait toutefois fortement la pluralité et la pérennité de la presse, des médias et de leur financement tout en étant moins protectrice des utilisateurs, qui ne seraient plus informés sur quels sites internet et pour quelles finalités spécifiques les cookies (ou autres traceurs) seraient déposés, et ainsi empêcher de solliciter efficacement leur consentement préalable, spécifique, libre, et éclairé.

### D - Des évolutions en dents de scie depuis janvier 2017

Depuis janvier 2017, une trentaine de rapports faisant état des compromis entre États membres sur les dispositions de la Proposition initiale ont été publiés. Ces rapports, au fur et à mesure de leur publication, démontrent une volonté d'assouplissement du texte initial et de quête d'équilibre entre les enjeux

de protection des utilisateurs, de survie des fournisseurs de services en ligne et... d'innovation européenne.

Par exemple, après avoir été supprimé par le Conseil<sup>90</sup> en juillet 2018, l'article 10 de la Proposition a progressivement été remplacé par un considérant 20(a) dans lequel un mécanisme de « liste blanche » de cookies ou traceurs autorisés est détaillé.

La Proposition initiale évoquait déjà brièvement la possibilité pour les utilisateurs de dresser une liste blanche « de certains sites Web (...) dont ils acceptent toujours ou n'acceptent jamais les cookies (de tiers) »<sup>91</sup>.

Il faudra attendre la présidence roumaine pour que cette option soit reprise et développée. Au regard des derniers rapports publiés les 22 février et 13 mars 2019<sup>92</sup>, les États membres se sont entendus sur la possibilité pour un utilisateur, par l'action de paramétrage de son logiciel de navigation, de donner son consentement à « l'utilisation des capacités de traitement et de stockage de son terminal » à un fournisseur de service en ligne déterminé, pour une ou plusieurs finalités spécifiques attachées au(x) service(s) proposé(s) par ce dernier.

Cette liste blanche, qui pourrait être modifiée à tout moment par l'utilisateur (qui n'a que cela à faire... sic !), permettrait à ce dernier de déterminer (i) quels types de cookies pourront être déposés sur son terminal, (ii) pour quels fournisseurs de service en ligne, et (iii) pour quelles finalités.

Si ces récentes ententes entre les États membres sont encourageantes, elles n'en demeurent pas moins insuffisantes. Le consentement demeure prédominant, voir exclusif au sein de la Proposition. Or, l'évolution de nos sociétés européennes ne peut se réguler par le seul consentement individuel et discrétionnaire, qui n'est pertinent qu'entre les mains d'une élite à Bac+10 qui utiliserait sur internet son temps libre à réfléchir à l'avenir de sa vie privée. Maintenir la stratégie réglementaire et les équilibres alternatifs fixés par le RGPD ne consiste pas à adopter une nouvelle vision binaire du monde réservée à une telle élite, ni à laisser chacun seul face à l'envie et à la responsabilité de se protéger, sans autre forme de régulation sociale et politique de l'économie numérique européenne. Puisque nos valeurs et nos principes nous commandent de protéger les données personnelles et la vie privée de nos concitoyens dans le duopole sino-américain de l'algorithmie et de l'intelligence artificielle, protégeons nos concitoyens européens et protégeons-les vraiment, quel que soit leur niveau d'éducation et avec ou sans leur consentement. ■

<sup>88</sup>. En effet, le consid. 23 de la Proposition dispose que « les utilisateurs finaux devraient disposer d'un éventail de réglages de confidentialité, depuis les plus restrictifs (par ex. « toujours accepter les cookies »), jusqu'aux plus permissifs (par ex., « toujours accepter les cookies »), en passant par des options intermédiaires (par ex., « rejeter les cookies de tiers »).

<sup>89</sup>. Lassitude rencontrée par l'utilisateur recevant chaque jour de trop nombreuses demandes de consentement auxquelles il doit répondre par un clic ou en balayant son écran (Lignes directrices G29 – WP260 rev.01, 10 avr. 2018).

<sup>90</sup>. La présidence du Conseil de l'Union européenne était alors assurée par l'Autriche.

<sup>91</sup>. Consid. 24 de la Proposition

<sup>92</sup>. Conseil de l'Europe, ST 6771 2019 INIT, 22 février 2019 ; Conseil de l'Europe, ST 7099 2019 INIT, 13 mars 2019.

## Inconstitutionnalité de l'article 54 de la loi de 1881 fixant le délai entre la citation et la comparution devant le tribunal correctionnel

**MOTS-CLÉS :** Procédure – Citation – Comparution – Délai – Myriamètres

Conseil constitutionnel,  
24 mai 2019,  
n° 2019-786-QPC  
*Association Sea Shepherd*

371-22

Les mots « outre un jour par cinq myriamètres de distance » figurant au premier alinéa de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, qui méconnaissant le principe d'égalité devant la justice, doivent être déclarés contraires à la Constitution.

1. La question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée. Dès lors, le Conseil constitutionnel est saisi de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 mentionnée ci-dessus, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 13 septembre 1945 mentionnée ci-dessus.

2. L'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, dans cette rédaction, prévoit : « Le délai entre la citation et la comparution sera de vingt jours outre un jour par cinq myriamètres de distance.

« Toutefois, en cas de diffamation ou d'injure pendant la période électorale contre un candidat à une fonction électorale, ce délai sera réduit à vingt-quatre heures, outre le délai de distance, et les dispositions des articles 55 et 56 ne seront pas applicables ».

3. La requérante soutient tout d'abord que ces dispositions seraient contraires au droit à un recours juridictionnel effectif de la victime d'une infraction de presse dès lors que, en raison du délai de distance d'un jour par cinq myriamètres qui doit être respecté entre la citation et la comparution, elles pourraient conduire, en fonction du lieu de résidence de la personne citée à comparaître, à retarder excessivement la date de comparution. Elle soutient ensuite que ces dispositions méconnaîtraient le principe d'égalité devant la justice au motif qu'elles introduiraient une distinction injustifiée entre les victimes d'infractions de presse selon le lieu de résidence de la personne poursuivie. Elle soutient enfin que ces dispositions méconnaîtraient le droit à la protection de la réputation qui découlerait du droit au respect de la vie privée.

4. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « outre un jour par cinq myriamètres de distance » figurant au premier alinéa de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881.

Sur le fond :

5. Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi est « la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales.

6. En vertu des articles 48 et 53 de la loi du 29 juillet 1881, la poursuite des délits et contraventions commis par voie de presse peut être exercée par la partie lésée au moyen d'une citation directe. Dans ce cas, l'article 54 précité prévoit que le délai entre la délivrance de la citation et la comparution devant la juridiction de jugement doit être de vingt jours, augmenté d'un délai de distance. Les dispositions contestées prévoient que ce délai de distance est d'un jour par cinq myriamètres de distance, soit un jour par cinquante kilomètres, entre le lieu de résidence de la personne poursuivie et celui du tribunal devant lequel elle est citée à comparaître.

7. En instaurant un délai de distance, en plus de celui de vingt jours fixé pour la préparation de la défense, le législateur a entendu garantir à la partie poursuivie un temps nécessaire à son déplacement vers le lieu où elle est citée à comparaître.

8. La prise en compte, par l'instauration d'un délai spécifique, de la distance séparant le lieu de résidence de la personne poursuivie du lieu où elle est citée à comparaître n'est, par elle-même, pas contraire au principe d'égalité devant la justice. Toutefois, en raison de l'étendue du territoire de la République, les modalités de détermination de ce délai définies par les dispositions contestées sont susceptibles de conduire à des délais de distance très différents. Compte tenu des moyens actuels de transport, ces différences dépassent manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte les contraintes de déplacement, et ce quelle que soit la distance séparant le lieu de résidence du prévenu de celui de sa comparution. Dès lors, les dispositions contestées procèdent à une distinction injustifiée entre les justiciables.

9. Dans ces conditions, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs, les mots « outre un jour par cinq myriamètres de distance » figurant au premier alinéa de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881, qui méconnaissant le principe d'égalité devant la justice, doivent être déclarés contraires à la Constitution.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité :

10. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure

fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.

11. L'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de supprimer tout délai de distance pour les citations directes délivrées en application de la loi du 29 juillet 1881. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 31 mars 2020 la date de l'abrogation des dispositions contestées.

12. Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que les citations délivrées en application de la loi du 29 juillet 1881 après cette date sont soumises aux délais de distance déterminés aux deux derniers alinéas de l'article 552 du code de procédure pénale.

13. La déclaration d'inconstitutionnalité ne peut être invoquée dans les instances engagées par une citation délivrée avant la publication de la présente décision.

#### LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1<sup>er</sup>. – Les mots « outre un jour par cinq myriamètres de distance » figurant au premier alinéa de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 45-2090 du 13 septembre 1945 modifiant la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, sont contraires à la Constitution.

Article 2. – La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1<sup>er</sup> prend effet dans les conditions fixées aux paragraphes 11 à 13 de cette décision.

Article 3. – Cette 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.

*M. L. Fabius, Président, M<sup>me</sup> C. Bazy Malaurie, M. A. Juppé, M<sup>mes</sup> C. Luquiens, N. Maestracci, MM. J. Mézard, F. Pillet et M. Pinault*

## COMMENTAIRE



**Emmanuel Tordjman  
Grégoire Rialan**  
Avocat au Barreau de Paris  
Seattle Avocats

et **Tiphaine Beau de Loménie**, Élève avocate

C'est une disparition qui a pu remplir de nostalgie les praticiens du droit de la presse que vient de consacrer le Conseil constitutionnel : celle des « myriamètres » de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En effet, statuant sur renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel, dans une décision du 24 mai 2019, a estimé que le mode de calcul du délai entre la date de la citation et celle de l'audience figurant à l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, soit « vingt jours outre un jour par cinq myriamètres de distance », était contraire au principe d'égalité devant la justice.

Le « myriamètre » est une unité de mesure adoptée à la Révolution et équivalente à 10 000 mètres, soit dix kilomètres<sup>1</sup>. Historiquement, notre droit a connu plusieurs occurrences de la notion. Elle apparaissait notamment à l'article premier du code civil<sup>2</sup> ou encore dans le code d'instruction criminelle, où elle permettait d'établir certains délais de procédure<sup>3</sup>.

En matière de presse, elle est apparue dès la loi du 26 mai 1819 relative à la poursuite et au jugement des crimes et délits commis par la voie de la presse<sup>4</sup>. Elle a été reprise dans la loi du 29 juillet 1881, l'article 54<sup>5</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> disposant que « Le délai entre la citation et la comparution sera de vingt jours<sup>6</sup> outre un jour par cinq myriamètres de distance ».

Le myriamètre étant équivalent à dix kilomètres, le délai minimum de comparution était donc, jusqu'à la décision commentée, de vingt jours augmentés d'un jour supplémentaire par cinquante kilomètres de distance entre le domicile de la personne poursuivie et la juridiction de jugement. Ce délai particulier, qui dérogeait à celui de droit commun en matière pénale<sup>7</sup>, devait permettre d'assurer les droits de la défense, en fixant des délais de comparution proportionnels à la distance devant être parcourue par le prévenu pour se rendre – avec les moyens de transport de l'époque – devant la juridiction, sans pour autant compromettre les exigences de célérité de la procédure en matière de presse<sup>8</sup>.

1. Une définition lapidaire est donnée par le Larousse du xx<sup>e</sup> siècle : « Mesure itinéraire de dix mille mètres » ; *Larousse du xx<sup>e</sup> siècle*, dir. Paul Augé, vol. 4, Paris, 1931.

2. C. civ., art. 1, dans sa version en vigueur du 15 mars 1803 au 1<sup>er</sup> juin 2004.

3. Code d'instruction criminelle de 1808, art. 146.

4. Cons. const. 25 mai 2019, n° 2019-786 QPC, D. 2019. 1106, et les obs.

5. Anc. art. 52.

6. Le délai de 15 jours initialement prévu par la loi sur la presse a été étendu à vingt jours par l'ordonnance n° 45-2090 du 13 sept. 1945 modifiant la loi du 29 juill. 1881 ; Cons. const. 25 mai 2019, n° 2019-786 QPC, préc.

7. C. pr. pén., art. 552.

8. Cons. const. 25 mai 2019, n° 2019-786 QPC, préc.

Si le myriamètre est progressivement tombé en désuétude, comme unité de mesure comme en droit<sup>9</sup>, la loi du 29 juillet 1881 avait néanmoins conservé cette spécificité procédurale en l'état jusqu'à la décision étudiée.

Dans l'affaire ayant donné lieu à la QPC, l'association Sea Shepherd s'estimait diffamée par des propos postés le 2 juillet 2017 sur le compte Facebook d'une autre association, Océan prévention, basée à Saint-Paul à la Réunion. Elle l'assignait donc le 3 septembre 2017, par la voie d'une citation directe, à une audience le 12 octobre 2017 devant le Tribunal correctionnel de Bordeaux. La citation prévoyait un délai de comparution d'un mois et six jours, passant visiblement outre les prescriptions de l'article 54. En effet, la distance entre le siège de l'association prévenue basée à la Réunion et le Tribunal à Bordeaux étant d'environ 9,250 km, il aurait alors fallu prévoir, pour respecter les dispositions de l'article 54, un délai d'au moins 205 jours entre la date de la citation et celle de la comparution<sup>10</sup>.

Le 11 janvier 2018, le Tribunal correctionnel de Bordeaux rejetait l'exception de nullité de la citation tirée de la méconnaissance de l'article 54 et déclarait les prévenus coupables de diffamation. En revanche, la Cour d'appel de Bordeaux, constatant que la citation avait été délivrée un mois et six jours avant la date de l'audience, et que la prévenue n'avait pas comparu a, par un arrêt en date du 12 juin 2018, prononcé la nullité de la citation et par voie de conséquence débouté l'association Sea Shepherd de ses demandes.

C'est à l'occasion de son pourvoi contre cette dernière décision que l'association partie civile a soutenu une QPC portant sur l'article 54 afin que soit jugé contraire à la Constitution le mode de calcul des délais de comparution prévu à cet article.

Jugeant la question sérieuse en ce qu'elle mettait en cause l'équilibre entre liberté d'expression et égalité devant la justice, la Cour de cassation transmettait la QPC au Conseil constitutionnel par un arrêt en date du 5 mars 2019<sup>11</sup>. Le Conseil a répondu par l'affirmative dans une décision sans équivoque : le calcul opéré « outre un jour par cinq myriamètres de distance » est inconstitutionnel.

Si la décision du Conseil constitutionnel déclare contraire à la constitution le mode de calcul de l'article 54 de la loi du 29 juillet 1881 pour fixer les délais de comparution en matière de presse (I) les Sages ne se sont pas pour autant départis du souci de prendre en compte les différences pouvant subsister entre les justiciables, en maintenant le principe d'une différenciation procédurale basée sur la distance (II).

9. P. Deumier, Des myriamètres à l'internet : les nouvelles règles d'entrée en vigueur de la loi, RTD civ. 2004. 585, à propos de la modification de l'article 1 du code civil par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, JO 21 févr., p. 3514.

10. La distance est celle donnée pour un parcours en avion et le calcul réalisé est le suivant : (9 250 km/50 km) + 20 jours = 185 jours + 20 jours = 205 jours.

11. Crim. 5 mars 2019, n° 18-85.074, inédit.

## I - LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ DES MOTS « OUTRE UN JOUR PAR CINQ MYRIAMÈTRES DE DISTANCE » DE L'ARTICLE 54 DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881

### A - Une exigence lourde de conséquences procédurales

La procédure en matière de presse connaît un certain nombre de particularismes visant à assurer la protection de la liberté d'expression et les droits de la défense des personnes mises en cause. En outre, et s'agissant d'une atteinte à l'honneur et la considération de la partie poursuivante, il était indispensable qu'une décision intervienne rapidement pour mettre un terme au litige. Historiquement, il s'agissait de mettre fin à la pratique des duels comme moyen de laver son honneur.

Le respect de cette exigence de célérité se traduisait donc par des délais spéciaux censés assurer un délai de traitement rapide des infractions de presse, prenant en compte également « le caractère éphémère de la presse papier et la rapide disparition du support de l'infraction »<sup>12</sup>.

C'est la raison d'être notamment des délais de prescription dérogatoires de trois mois en matière d'infractions de presse, ou encore du délai de comparution de l'article 54, objet de la QPC ici commentée.

Le non-respect des exigences de l'article 54 pouvait avoir de graves conséquences puisqu'en cas d'inobservation du délai et si la partie citée ne comparaisait pas, la citation pouvait être déclarée nulle sur le fondement de l'article 553<sup>13</sup>. La citation nulle n'a pas pour effet d'interrompre la prescription en matière de presse et ne saurait valablement saisir la juridiction répressive, ni de l'action civile ni de l'action publique<sup>14</sup>. En revanche, si la partie citée se présentait à la première audience, la citation n'était pas nulle et le tribunal devait, à la demande de la partie citée, ordonner le renvoi à une audience ultérieure afin de permettre à la personne mise en cause de disposer d'un délai suffisant pour se défendre.

Cette dernière était donc incitée à faire preuve de malice voir de ruse en ne se rendant volontairement pas à la première audience afin de pouvoir ultérieurement soulever la nullité de la citation.

Ces exigences de délais apparaissaient toutefois disproportionnées compte tenu de l'évolution des modes de transport notamment. Dès lors que la personne poursuivie était domiciliée à l'étranger ou dans les territoires ultramarins, il fallait prévoir des

12. Sénat, *L'équilibre de la loi du 29 juillet 1881 à l'épreuve d'internet*, Rapport d'information n° 767 (2015-2016) de MM. François Pillet et Thani Mohamed Soilihi, fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 juillet 2016 (accessible en ligne [http://www.senat.fr/rap/r15-767/r15-767\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/r15-767/r15-767_mono.html)).

13. Crim. 9 nov. 1992, n° 91-82.687 ; Crim. 10 avr. 2018, n° 17-83.008 ; Crim. 12 déc. 2017, n° 16-85.915.

14. Crim. 9 nov. 1992, n° 91-82.688 P, *Syndicat national*, D. 1994. 190, obs. C. Bigot ; Crim. 3 avr. 2013, n° 12-83.679, D. 2014. 508, obs. E. Dreyer.

délais de comparution de plusieurs mois, voire quasiment une année dans certains cas<sup>15</sup>.

La procédure s'en trouvait fragilisée du fait d'erreurs de calcul possibles et par le fait que la partie poursuivante devait s'assurer, durant le délai précédant la comparution de la personne poursuivie, que la prescription trimestrielle était valablement interrompue.

Force est de constater, ainsi, que la référence aux myriamètres de distance entre le domicile du prévenu et le siège de la juridiction était inadaptée et injustifiée à l'époque contemporaine.

## B - Le principe d'égalité devant la justice

L'association requérante faisait notamment valoir que cette exigence procédurale de l'article 54 portait atteinte à son droit à un recours effectif, puisqu'elle pouvait manifestement conduire à des délais de comparution extrêmement longs, alors même que les règles spéciales de la procédure en matière de presse devaient en garantir la célérité.

Elle faisait en outre valoir que l'article 54 de la loi sur la liberté de la presse introduisait une distinction injustifiée entre les personnes mises en cause en fonction de leur lieu de résidence et portait ainsi atteinte, selon elle, au principe d'égalité devant la justice.

Enfin, l'association requérante soutenait que la disposition constituait une atteinte disproportionnée au droit à la protection de la réputation, composante du droit au respect de la vie privée.

Le Conseil constitutionnel fait droit à la question soulevée et déclare la disposition litigieuse contraire à la Constitution, du fait de la violation du principe d'égalité devant la justice découlant notamment de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

On le rappellera ici brièvement, le principe d'égalité devant la loi n'exige pas une égalité de droits absolue, mais privilégie une égalité appréciée *in concreto* au regard de la situation réelle de la personne.

Certaines différences de traitement restent donc justifiées, notamment lorsque les citoyens ou justiciables ne sont pas placés dans des situations de fait identiques et lorsque la différence de traitement reste proportionnée à l'objectif poursuivi<sup>16</sup>.

Aussi, le Conseil constitutionnel considère classiquement, s'agissant des lois de procédure que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense,

<sup>15</sup>. Cons. const. 25 mai 2019, n° 2019-786 QPC, préc.

<sup>16</sup>. Cons. const. 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, *Épx M. D.*, D. 2016. 892 ; Constitutions 2016. 355, Décision.

qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »<sup>17</sup>.

Dans la décision commentée, le Conseil constate que la disposition contestée, prévoyant un délai différencié de comparution de la personne poursuivie en fonction de la distance entre son lieu de résidence et le siège du tribunal, poursuivait un but légitime visant à garantir un temps nécessaire à la préparation de sa défense.

Néanmoins, prenant en compte d'une part l'étendue du territoire de la République et d'autre part l'évolution des moyens actuels de transport, le Conseil constate que les différences de délais résultant du mode de calcul prévu en application de l'article 54, alinéa 1<sup>er</sup> « dépassent manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte les contraintes de déplacement, et ce quelle que soit la distance séparant le lieu de résidence du prévenu de celui de sa comparution »<sup>18</sup>.

Les dispositions en cause, procédant dès lors à une distinction injustifiée entre les justiciables, méconnaissent ainsi le principe d'égalité et sont contraires à la Constitution.

## II - LE MAINTIEN DE LA DIFFÉRENCIATION FONDÉE SUR LA DISTANCE

### A - Une différenciation constitutionnelle

Les nostalgiques des myriamètres peuvent se consoler quant à la portée de cette décision. Plutôt que le caractère évidemment désuet de cette unité de mesure, c'est bien le mode de calcul du délai de distance entre le domicile de la personne citée et le siège de la juridiction qui est ici frappé d'inconstitutionnalité.

On peut d'ailleurs s'interroger sur le point de savoir si une argumentation critiquant plutôt la lisibilité et l'accessibilité d'une disposition législative faisant référence à une unité de mesure inconnue des justiciables aurait perduré. Le Conseil n'a pas tranché cette question.

La décision ne remet pas en cause l'existence d'une différenciation entre les justiciables, fondée sur leur situation géographique, le Conseil constitutionnel ayant pris le soin de préciser que « la prise en compte, par l'instauration d'un délai spécifique, de la distance séparant le lieu de résidence de la personne poursuivie du lieu où elle est citée à comparaître n'est, par elle-même, pas contraire au principe d'égalité devant la justice »<sup>19</sup>.

La solution est logique, de telles distinctions existant dans notre droit processuel. C'est notamment le cas de l'article 552 du code de procédure pénale qui prévoit également des délais de comparution différenciés lorsque la personne citée à comparaître

<sup>17</sup>. Cons. const. 5 avr. 2019, n° 2019-773 QPC, *Sté Uber B.V. et a.*, consid. 4, D. 2019. 702, et les obs. ; D. avocats 2019. 264, obs. L. Dargent ; Cons. const. 15 févr. 2019, n° 2018-765 QPC, M. Charles-Henri M., consid. 5, D. 2019. 312, et les obs. ; Cons. const. 31 janv. 2014, n° 2013-363 QPC, D. 2014. 651, note A. Botton ; AJ pénal 2014. 136, obs. C. Lacroix.

<sup>18</sup>. Cons. const. 25 mai 2019, n° 2019-786 QPC, préc., consid. 8.

<sup>19</sup>. *Ibid.*, consid. 8.

réside dans les territoires d'outre-mer, dans l'Union européenne ou à l'étranger.

Le Conseil relève qu'« en instaurant un délai de distance, en plus de celui de vingt jours fixé pour la préparation de la défense, le législateur a entendu garantir à la partie poursuivie un temps nécessaire à son déplacement vers le lieu où elle est citée à comparaître »<sup>20</sup>.

La différenciation semble donc justifiée notamment afin de protéger les droits de la défense. Le but poursuivi est ainsi légitime.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a pris soin d'assortir sa décision d'un certain nombre de réserves afin de garantir la sécurité juridique des procédures en cours.

## B - Mécanisme transitoire mis en place

Prenant acte des conséquences manifestement excessives qu'emporterait l'abrogation immédiate de cette disposition, laquelle aurait pour effet d'appliquer un délai de comparution de vingt jours à l'ensemble des personnes poursuivies sans prise en compte de leur lieu de domicile, le Conseil constitutionnel a reporté la date de l'abrogation au 31 mars 2020, comme l'y autorise le second alinéa de l'article 62 de la Constitution.

Il a également assorti sa décision d'une réserve transitoire renvoyant les citations délivrées suite à la décision, aux délais de droit commun de la procédure pénale, prévus aux deux derniers alinéas de l'article 552 du code de procédure pénale.

Conformément à ces dispositions, le délai de comparution en matière de presse sera donc, s'agissant des citations délivrées à compter du 25 mai, de vingt jours augmentés d'un mois si la personne citée réside dans les territoires d'outre-mer ou dans l'Union européenne et de vingt jours augmentés de deux mois si elle réside à l'étranger et hors de l'Union européenne.

On notera en outre que « la déclaration d'inconstitutionnalité ne peut être invoquée dans les instances engagées par une citation délivrée avant la publication de la présente décision »<sup>21</sup>.

La solution ne pourra donc bénéficier à l'association qui avait si pertinemment soulevé cette QPC, mais cette application transitoire permettra d'éviter que la décision ne vienne modifier en cours d'instance les règles de procédure applicables à des citations déjà délivrées.

Reste à savoir si ces délais resteront en vigueur ou si le législateur sera sollicité afin de prévoir de nouveaux délais ou un nouveau mode de calcul spécifique à la loi du 29 juillet 1881.

La décision du Conseil constitutionnel est juridiquement fondée et répond à une volonté de modernisation du droit de la presse.

Si certains praticiens ont pu faire part de leur regret de voir disparaître les myriamètres c'est peut-être – nostalgie mise à part – par peur que cette disparition en appelle d'autres, et que des atteintes plus importantes soient portées au régime juridique spécifique à la protection de la liberté d'expression telle que garantie par la loi du 29 juillet 1881<sup>22</sup>. **E.T., G.R. et T.B.L.**

20. *Ibid.*, consid. 7.

21. *Ibid.*, consid. 13.

22. Réforme de la loi de 1881 : une nouvelle atteinte à la liberté de la presse, *Libération*, Tribune collective, 2 juill. 2019.

## Propos destinés au public français mais parus sur un site internet étranger : inapplication du régime de responsabilité pénale en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982

**MOTS-CLÉS** : Service de communication au public en ligne – Responsabilité en cascade – Directeur de la publication – Site étranger – Public français

Cour de cassation, crim.,

18 juin 2019,

n° 18-85.298

Licra et a. c/ Pierre C.

372-24

**Le régime de responsabilité pénale en cascade prévu par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ne s'applique que lorsque le service de communication au public par voie électronique est fourni depuis la France.**

À la suite de la mise en ligne, les 18 et 19 juillet 2016, sur le site internet accessible à l'adresse [www.ripostelaique.com](http://www.ripostelaique.com), fourni par l'association de droit suisse Riposte laïque, de deux textes intitulés « Pour éviter le génocide des Français, il faut expulser les musulmans » et « Attentat à la hache dans un train allemand : musulmans dehors », signés d'un nommé D... J..., le procureur de la République a fait citer M. X. des chefs susvisés, en raison de certains passages de ces deux textes, devant le tribunal correctionnel.

3. Après avoir rejeté une exception d'incompétence tirée de l'absence de critères de rattachement des propos au territoire français, les juges du premier degré ont renvoyé le prévenu des fins de la poursuite.

4. Le ministère public, ainsi que la LICRA et la LDH, qui s'étaient constituées partie civile, ont relevé appel de cette décision.

Énoncé des moyens (...)

Réponse aux moyens

9. Les moyens sont réunis.

10. L'arrêt énonce notamment, par motifs propres et adoptés, qu'il est établi que l'association de droit français Riposte laïque, que M. X. avait présidée, ayant d'ailleurs été condamné à ce titre en qualité de directeur de la publication du site litigieux, a postérieurement transféré, le 20 octobre 2012, la publication dudit site à l'association Riposte laïque suisse. Le président de cette dernière association a confirmé la date des publica-

tions et le nom de l'auteur, mais a refusé de fournir plus d'informations. Un précédent président de cette même association suisse, M. T... P..., avait confirmé à deux reprises lors d'enquêtes antérieures être, à ce titre, le directeur de publication du site concerné et a été condamné en cette qualité pour des propos qui y avaient été publiés.

11. Les juges ajoutent que l'adresse électronique de contact du site était une adresse secondaire de celle de M. X., et que les prélèvements correspondants étant effectués sur un compte au nom de celui-ci, qui était également titulaire du compte PayPal utilisé par le site. Si une perquisition a permis de trouver chez M. X. les mots de passe et codes d'accès au site, plusieurs autres personnes ont attesté en disposer également pour publier leurs textes, les mettre à jour, les illustrer ou les corriger.

12. Ils en déduisent qu'au moment des faits dont ils sont saisis, il n'est nullement établi, avec la certitude nécessaire au prononcé d'une condamnation pénale, que le prévenu serait encore le directeur de publication ou le responsable, en droit ou en fait, de ce site, ni qu'il serait le dirigeant de droit ou de fait de l'association suisse, qui édite le site depuis l'étranger, pas davantage que n'est démontrée sa participation personnelle à la gestion du site ni une quelconque participation à la mise en ligne ou à la rédaction des propos incriminés.

13. L'arrêt confirme en conséquence le jugement en ce qu'il a renvoyé le prévenu des fins de la poursuite et débouté les parties civiles de leurs demandes.

14. C'est à tort que les juges ont cru devoir examiner si le prévenu était le directeur de la publication du site internet.

15. En effet, de même que la responsabilité en cascade prévue par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne s'applique que lorsque le journal est imprimé et publié en France (Crim. 25 oct. 2005, n° 04-82.400, Bull. crim. n° 266, rejet), la responsabilité en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ne s'applique que lorsque le service de communication au public par voie électronique est fourni depuis la France.

16. Abstraction faite de ce motif, erroné mais surabondant, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il résulte de ses constatations qu'il n'est pas démontré que le prévenu a personnellement participé à la diffusion en France, sur un site internet édité à l'étranger, des propos litigieux, dont il n'est plus contesté qu'ils étaient destinés au public français.

17. Ainsi, les moyens ne sont pas fondés.

18. Par ailleurs l'arrêt est régulier en la forme.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Prés. : M. Souldard, Rapp. : M. Bonnal, Av. : M<sup>e</sup> Laurent Goldman, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Le Griel

## COMMENTAIRE



**Stéphane Detraz**  
Maître de conférences  
Université Paris Sud-XI,  
faculté Jean Monnet

L'association de droit suisse « Riposte laïque » fait paraître sur son site internet deux textes (intitulés, l'un, « Pour éviter le génocide des Français, il faut expulser les musulmans », l'autre, « Attentat à la hache dans un train allemand : musulmans dehors »), dont la teneur conduit le procureur de la République à engager des poursuites du chef de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination raciales<sup>1</sup> à l'encontre de la personne censée être à la manœuvre. Le tribunal correctionnel admet la compétence territoriale de la loi pénale française à l'égard des faits mais relaxe le prévenu. Appel du jugement est interjeté par les seules parties civiles (la LICRA et la LDH), mais en vain : les juges supérieurs estiment qu'il n'est pas établi que, à l'époque de la publication des propos litigieux, le prévenu eût ou eût conservé – en droit ou fait – la qualité de directeur de publication ou de responsable du site internet ou celle de dirigeant de l'association, ni qu'il eût participé personnellement à la gestion dudit site non plus qu'à la rédaction ou à la mise en ligne des textes en cause. Ensuite saisie, la Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif qu'il résulte des constatations des juges du fond qu'« il n'est pas démontré que le prévenu a personnellement participé à la diffusion en France, sur un site internet édité à l'étranger, des propos litigieux, dont il n'est plus contesté qu'ils étaient destinés au public français ». Elle précise pour autant que c'est à tort – mais surabondamment – que la cour d'appel a cru devoir examiner l'éventuelle détention, par le prévenu, de la qualité de directeur de la publication du site internet, car « la responsabilité en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ne s'applique que lorsque le service de communication au public par voie électronique est fourni depuis la France », ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Ce faisant, la Haute juridiction poursuit son œuvre d'édification de la jurisprudence s'agissant des messages émis depuis l'étranger, singulièrement au moyen d'internet. L'apport de l'arrêt est relativement discret concernant la localisation – en France – de l'infraction (I). Il est en revanche notable s'agissant de l'inapplication du régime de responsabilité pénale propre à la matière lorsque le site internet émet depuis l'étranger (II).

## I – LA LOCALISATION DE LA PUBLICATION DES PROPOS

La question de la compétence de la loi pénale française à l'égard des faits poursuivis n'était pas posée à la Cour de cassation, puisque définitivement réglée en amont de la procédure. Pourtant, la chambre criminelle a énoncé incidemment, en

parlant des propos litigieux parus sur le site internet helvétique, qu'« il n'est plus contesté qu'ils étaient destinés au public français ». Or, l'incise n'est pas le fruit du hasard. L'on sait en effet que, en matière de localisation des infractions commises sur internet, la jurisprudence ne peut encore être vue comme parfaitement établie, faute de décisions suffisamment nombreuses ou limpides.

Un arrêt important a cependant été rendu en 2016<sup>2</sup>, par lequel le critère de l'accessibilité a été indubitablement écarté. Il ne suffit donc pas que les propos soient accessibles depuis la France pour qu'ils soient publiés dans ce pays et que l'infraction y soit localisée – sans quoi la loi pénale française serait applicable à tout l'internet – : un « critère rattachant au territoire de la République les propos incriminés » doit en effet être vérifié. Cette décision inaugurale n'indiquait pas expressément quel pouvait être l'élément de rattachement idoine. Mais elle a été

confirmée par un arrêt du 6 mars 2018<sup>3</sup>, lequel a laissé présager l'application de la théorie de la focalisation. En effet, d'un côté, la Haute juridiction n'a rien reproché à une cour d'appel qui avait relevé l'absence de preuve que les propos litigieux « étaient destinés aux internautes se trouvant sur le territoire français » et, de l'autre, elle a affirmé que « le principe d'égalité ne s'oppose pas, lorsqu'est en cause la diffusion de propos, à l'appli-

cation d'un critère de compétence différencié selon que cette diffusion a lieu par le biais d'une publication écrite ou audiovisuelle ou par la voie de l'internet, dont l'accessibilité au plan mondial exclut que soit retenu le seul critère d'accessibilité appliqué en matière de presse écrite ou audiovisuelle ». Un autre arrêt du 19 juin 2018<sup>4</sup> a apporté une pierre supplémentaire à l'édifice. Dans cette affaire, qui concernait des propos haineux parus sur un site internet hébergé en Suisse, les poursuites engagées à l'encontre du directeur de publication ont donné l'occasion à la Cour de cassation d'approuver l'arrêt de condamnation ayant énoncé que « les propos litigieux, diffusés sur le site [...], accessible depuis le territoire français, précédemment hébergé et poursuivi en France, étaient destinés au public français dès lors que le journal déclare vouloir "en finir avec la loi du 9 décembre 1905" et œuvrer "au rassemblement de tous les laïques et les républicains voulant défendre en France, en Europe et dans le monde ce principe émancipateur" ». La théorie de la focalisation y est ainsi à l'œuvre, à la faveur de la mise au jour d'éléments

« La Haute juridiction poursuit son œuvre d'édification de la jurisprudence s'agissant des messages émis depuis l'étranger, singulièrement au moyen d'internet. »

2. Crim. 12 juill. 2016, n° 15-86.645, Bull. crim. n° 218 ; D. 2016. 1848, note E. Dreyer ; *ibid.* 2424, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato et S. Mirabail ; AJ pénal 2016. 533, obs. D. Brach-Thiel ; Dalloz IP/IT 2016. 618, obs. B. Auroy ; RSC 2016. 535, obs. J. Francillon ; JCP 2016. 1225, n° 2, obs. G. Beaussonie ; Gaz. Pal. 28 oct. 2016, n° 38, p. 35, obs. F. Fourment ; CCE 2016. Comm. 83, obs. A. Lepage ; Légipresse n° 342, octobre 2016, p. 532, note S. Detraz : « qu'en l'absence de tout critère rattachant au territoire de la République les propos incriminés, la circonstance que ceux-ci, du fait de leur diffusion sur le réseau internet, aient été accessibles depuis ledit territoire ne caractérisait pas, à elle seule, un acte de publication sur ce territoire rendant le juge français compétent pour en connaître »).

3. Crim. 6 mars 2018, n° 16-87.533, RSC 2019. 109, obs. E. Dreyer ; Dr. pénal 2018. Comm. 105, obs. P. Conte ; Gaz. Pal. 22 mai 2018, n° 18, p. 38, obs. F. Fourment. Rapp. Crim. 23 janv. 2018, n° 17-80.323, RSC 2019. 109, obs. E. Dreyer Légipresse n° 358, mars 2018, p. 154, note E. Dreyer ; Gaz. Pal. 30 avr. 2018, n° 16, p. 52, obs. S. Detraz.

4. Crim. 19 juin 2018, n° 17-86.604, RSC 2019. 109, obs. E. Dreyer.

1. Loi du 29 juill. 1881, art. 24, al. 5.

objectifs (une loi française, la défense de la France) rattachant le message au territoire national.

Avec l'arrêt rapporté, la Cour de cassation relève enfin, elle-même, que les propos « étaient destinés au public français », ce qui confirme l'application de la théorie de la focalisation (sans toutefois en faire expressément la seule théorie propice à la localisation des faits). Il se vérifie ainsi, comme l'avait énoncé la doctrine, que, « à l'égard des publications papier ou radio-télévisées, le critère de l'accessibilité peut suffire à justifier l'application de la loi française alors que le critère de la focalisation doit être utilisé pour justifier l'application de cette loi aux publications réalisées en ligne »<sup>5</sup>.

De surcroît, il s'évince de cette jurisprudence jeune, et notamment de la décision commentée (relative à des textes parus les 18 et 19 juill. 2016), que les dispositions récentes de l'article 113-2-1 du code pénal<sup>6</sup> issues de la loi du 3 juin 2016<sup>7</sup> ne sont pas d'application exclusive dans le domaine des infractions commises au moyen d'un réseau de communication électronique. La chose est logique. Premièrement parce que ce texte, en raison de sa formulation, ne prétend pas avoir un tel empire. Deuxièmement parce qu'il ne vaut qu'à la condition que les faits soient accomplis « au préjudice d'une personne physique » (résidant en France) « ou d'une personne morale » (dont le siège est en France), et donc que l'infraction fasse une ou plusieurs victimes déterminées. Or, cette condition est d'application impossible – ou, à tout le moins, malaisée – lorsque le message litigieux vise, comme en l'espèce, toute une communauté de personnes (les musulmans, les étrangers, etc.)<sup>8</sup>. L'on peut même estimer que, à supposer que des propos visent une personne en particulier, la théorie de la focalisation permet encore de donner compétence à la loi française, en vertu de l'article 113-2 du code pénal<sup>9</sup>, peu important que les conditions posées à l'article 113-2-1 ne soient pas réunies.

## II – LA LOCALISATION DU FAIT GÉNÉRATEUR DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Jusqu'en 2018, l'on pouvait affirmer « qu'à partir du moment où l'infraction est réputée commise en France les dispositions de la loi de 1881 régissant l'attribution des responsabilités s'appliquent »<sup>10</sup>, de même que celles de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982.

5. E. Dreyer, RSC 2019. 109, obs. ss Crim. 19 juin 2018, 6 mars 2018 et 23 janv. 2018.

6. Qui prévoit que « Tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République ».

7. Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

8. E. Dreyer, RSC 2019. 109, préc.

9. « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

10. E. Dreyer, RSC 2019. 109, préc.

L'article 93-3 de cette loi établit en effet un régime de responsabilité pénale propre aux infractions de presse commises par un moyen de communication au public par voie électronique, qui copie le système de responsabilité dite « en cascade » prévu aux articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Il prévoit, d'une part, que l'auteur du délit est en principe le directeur (ou co-directeur) de la publication lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public (al. 1<sup>er</sup>) et d'autre part, que l'auteur même des propos revêt alors la qualité de complice (al. 3). À défaut de directeur de publication responsable, l'auteur de l'infraction est l'auteur du message ou, sinon, le producteur (al. 2). Des complices peuvent en outre être caractérisés dans les conditions du droit commun (al. 4).

Ce régime s'applique, entre autres hypothèses, aux propos qui paraissent sur internet (sans préjudice des dispositions spécifiques de l'alinéa 5 de l'article 93-3, source d'irresponsabilité pénale en qualité d'auteur pour les directeurs de publication de bonne foi ou vigilants). C'est donc naturellement que les juges d'appel ont recherché dans ledit article la source de l'éventuelle responsabilité du prévenu, à la lumière des prescriptions de l'article 93-2. Ce dernier prévoit en effet que tout service de communication au public par voie électronique doit avoir un directeur de la publication (al. 1<sup>er</sup>) et que ledit directeur est soit, lorsque le service est fourni par une personne morale, le président du directoire ou du conseil d'administration, le gérant ou le représentant légal – selon les cas – (al. 6), soit, lorsque le service est fourni par une personne physique, cette personne elle-même (al. 7).

Bien que l'arrêt attaqué ait finalement exclu la responsabilité du prévenu (faute pour ce dernier, entre autres éléments, d'avoir la qualité examinée), la Cour de cassation a tenu à préciser que « de même que la responsabilité en cascade prévue par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne s'applique que lorsque le journal est imprimé et publié en France (Crim. 25 oct. 2005, n° 04-82.400, Bull. crim. n° 266, rejet)<sup>11</sup>, la responsabilité en cascade prévue par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ne s'applique que lorsque le service de communication au public par voie électronique est fourni depuis la France ». Dans le dernier arrêt précité du 19 juin 2018<sup>12</sup>, la Haute juridiction avait au contraire déclaré que l'arrêt de condamnation avait pu à bon droit, pour retenir la responsabilité du prévenu en qualité de directeur de publication (au sujet d'un texte publié sur un site internet suisse), énoncer que « les dispositions de l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 sont applicables dès lors que la publication des propos litigieux a eu lieu sur le territoire français ». La décision rapportée met fin à l'incertitude. D'une part, en faisant application des dispositions de la loi du 29 juillet 1982. D'autre part, en alignant le champ d'application sur celles de la loi du 29 juillet 1881, et en ayant alors (de nouveau ?) en tête que, dans l'arrêt qu'elle cite elle-même<sup>13</sup>, elle avait pu déclarer que « la responsabilité en cascade,

11. Crim. 25 oct. 2005, n° 04-82.400, D. 2005. 2970 ; AJ pénal 2006. 83, obs. G. Royer ; RSC 2006. 596, obs. E. Fortis.

12. Crim. 19 juin 2018, n° 17-86.604, préc.

13. Auquel la doctrine ne fait quasiment aucun écho.

prévue par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, ne s'applique que lorsque le journal est imprimé et publié en France ».

Ainsi, l'émission des propos depuis l'étranger peut donner compétence à la loi pénale française, mais la fourniture du service numérique depuis l'étranger rend inapplicables l'intégralité des régimes spécifiques de responsabilité pénale des lois de 1881 et 1982 et tout particulièrement, en leur sein, les règles propres aux directeurs de publication. Cette limitation est-elle justifiée, alors que, précisément, les propos diffusés sont quant à eux localisés (publiés) en France<sup>14</sup> ? Cela n'est pas exclu. En effet, la responsabilité pénale du directeur de publication ne se justifie qu'en regard aux prérogatives et obligations de décision et de contrôle qui y sont attachées de par la loi française ; il serait donc aventureux de considérer que, d'après les droits étrangers, les « chefs » de publication connaissent les mêmes obligations. Sans doute une similitude peut-elle être trouvée dans tel ou tel droit étranger, qui pourrait conduire le juge à estimer qu'il existe bien, dans le pays concerné, l'équivalent d'un « directeur de publication » à qui reprocher les faits. Mais la Cour de cassation ne semble pas vouloir imposer aux tribunaux français la tâche délicate de déterminer s'il existe ou non une telle correspondance.

À défaut de pouvoir mettre en œuvre les dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, il reste la possibilité, admet la Cour de cassation, de se demander si « le prévenu a personnellement participé » à la diffusion en France du message illicite, hypothèse non vérifiée en l'espèce. S'agit-il de dire qu'il aurait pu, dans l'affirmative, être vu comme complice<sup>15</sup> (mais qui, alors, aurait été l'auteur principal ?) ou comme auteur ? Dans le second cas – le plus probable –, ce serait confirmer logiquement que, le régime de responsabilité prévu par la loi du 29 juillet 1982 étant inapplicable, il convient de se référer aux dispositions générales de l'article 121-4, 1°, du code pénal, selon lesquelles « est auteur de l'infraction la personne qui [...] commet les faits incriminés » (et donc, en l'occurrence, qui diffuse les propos). Faut-il alors que l'individu ait su que la diffusion depuis l'étranger gagnerait la France<sup>16</sup> ? L'arrêt ne le dit pas, qui évoque simplement une participation « personnelle » (et non pas intentionnelle) à la propagation du message. La négative doit sans doute être retenue, car, en fait de compétence territoriale (et même extraterritoriale), il n'est exigé ni par la loi ni par la jurisprudence que l'agent sache agir jusqu'en France ou, plus généralement, ait conscience de remplir les conditions de ladite compétence. S. D.

14. E. Dreyer, RSC 2019. 109, préc.

15. Rapp. Crim. 23 janv. 2018, n° 17-80.323, préc.

16. Ce qui est requis à l'égard du complice de droit commun (Crim. 23 janv. 2018, préc.).

## La diffamation en langue locale : publique ou non publique ?

**MOTS-CLÉS :** Diffamation – Publicité – Communauté d'intérêts – Blog – Langue locale

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7<sup>e</sup> ch. corr.\*  
1<sup>er</sup> octobre 2018,  
n° 18/00674  
M. X. c/ M. Y.

373-04

La cour considère que les propos à caractère diffamatoire, tenus sur un blog dans le cadre de la thématique « occitane/Langue d'oc » et dans cette langue, ne s'adressaient qu'à un cercle restreint uni par une communauté d'intérêts, de sorte que la diffamation doit être qualifiée de diffamation non publique.

[...]

Dans le premier commentaire, M. X. désigne explicitement M. Y. comme un tenant de la thèse soutenue par des « gestapoccitans » racistes selon laquelle l'Auvergnat serait « une forme inférieure de langue » et lui attribue même l'affirmation selon laquelle « les populations du Massif central sont racialement contaminées ».

Dans le second texte, il reprend la thèse selon laquelle « le racisme gestapoccitan » jadis illustré par le dénommé Louis Alibert est aujourd'hui incarné par le « prétendu linguiste » M. Y.

Par ces propos, M. X. attribue expressément à M. Y. des thèses racistes et insinue que ce dernier aurait soutenu que « les populations du Massif central sont racialement contaminées », utilisant même pour illustrer son propos le terme de « gestapoccitan » qui, loin de constituer « une invention plaisante » comme il le soutient, tend à faire passer M. Y. pour un adepte du régime nazi, le désignant par ailleurs comme le tenant de thèses jadis développées par le « gestapiste Louis Alibert ».

Il s'agit donc bien d'allégations portant sur un fait précis et déterminé à savoir celui de soutenir des thèses racistes [...] Elles portent incontestablement atteinte à l'honneur et à la considération de M. Y. nommément visé, lequel, dans ses travaux scientifiques de linguistes, n'a jamais utilisé de telles expressions.

M. X. ne saurait arguer d'une quelconque bonne foi en l'absence de toute mesure et de prudence dans les termes employés et d'une volonté ainsi manifeste de faire passer celui qu'il critique comme un extrémiste raciste, étant relevé qu'il ne rapporte d'aucune façon la preuve que M. Y. serait l'auteur des propos « haineux » auxquels il aurait voulu réagir.

Il est donc établi que les propos ci-dessus visés sont bien diffamatoires.

S'agissant de leur publicité, le tribunal a considéré, à juste titre, que ces propos, tenus sur le blog de M. X., dans le cadre de la thématique occitane / Langue d'oc et dans cette langue,

\* Nous tenons à remercier Maître Sophia Papapolychroniou, avocate au Barreau de Marseille, de nous avoir transmis le texte de cette décision.

ne s'adressaient qu'à un cercle restreint uni par une communauté d'intérêts de sorte que la diffamation devait être qualifiée de diffamation non publique.  
Le jugement doit donc être confirmé tant sur la requalification que sur la déclaration de culpabilité pour l'infraction ainsi requalifiée.  
[...]

Prés. : M. Cibiel, Cons. : M<sup>mes</sup> Mouttet et Tessier, Av. : M<sup>e</sup> Poudampa, M<sup>e</sup> Henry.

## COMMENTAIRE



**Philippe Mouron**

Maître de conférences HDR  
en droit privé – LID2MS  
Aix-Marseille Université

L'appréhension des langues par le droit a donné lieu à des études nourries<sup>1</sup>. Le rapport entre le droit et la langue peut en effet être apprécié à différents niveaux.

Avant tout, le droit s'exprime par la langue. C'est la raison pour laquelle le sens des termes juridiques revêt une importance capitale. De là en ressort la problématique de la traduction, particulièrement épineuse dans les États et organisations connaissant plusieurs langues officielles, les lois étant alors multilingues<sup>2</sup>. Mais le droit peut aussi « régir » la langue, tant au niveau de son emploi que de son contenu<sup>3</sup>. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de reconnaître une ou plusieurs langues officielles, qui seront en usage dans les textes officiels et les services publics. Il en est de même au niveau de la forme de la langue, avec la fixation d'une orthographe ou d'un alphabet spécifiques. Ces interventions du droit dans l'usage de la langue font ressortir des enjeux d'ordre sociologique et politique. Une langue est un attribut de la souveraineté mais elle est aussi un instrument de communication et un élément de l'identité culturelle<sup>4</sup>. L'encadrement de l'usage d'une langue peut dès lors affecter le quotidien de ses locuteurs et révéler des tensions contradictoires entre ces différentes dimensions.

En tant qu'instrument de communication, la langue peut aussi être appréhendée à travers son « mauvais » usage, ce qui intéresse naturellement le droit de la communication, et au premier chef la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse. Pour autant, on constate qu'il existe dans cette loi, ainsi qu'en droit de la communication en général, un principe général d'indifférence quant au choix de la langue d'usage, ponctué de quelques exceptions. La loi du 4 août 1994, relative à l'emploi de la langue française, a par exemple établi le principe de l'emploi obligatoire du Français dans les services de médias audiovisuels, réduisant ainsi la pos-

1. V. not., G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2005, 443 p. ; N. Molfessis, *Les mots de la loi*, Economica, Paris, 1999, 110 p. ; E. Jayme (dir.), *Langue et droit*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 373 p.

2. Pour un exemple, s'agissant du droit d'auteur, Y. Gendreau et A. Drassinower (dir.), *Langues et droit d'auteur – Language and Copyright*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 245 p.

3. S. Chatillon, *Droit et langue*, RIDC, n° 54, juill.-sept. 2002, p. 697.

4. N. Molfessis, *La langue et le droit*, in E. Jayme (dir.), *op. cit.*, p. 177.

sibilité d'utiliser une autre langue, étrangère ou locale<sup>5</sup>. De même, si le choix d'une langue autre que le Français est permis au titre d'un dépôt de marque, la fonction de communication dont celles-ci sont revêtues pourra justifier une analyse des termes employés pour établir, par exemple, la distinctivité du signe réservé ou le risque de confusion qu'il génère avec une marque formulée dans une autre langue<sup>6</sup>. Hormis ces quelques exemples, le choix d'une langue autre que la langue officielle fait l'objet d'un principe de liberté, bien que celui-ci n'ait été que tardivement reconnu par le Conseil constitutionnel. Cela explique que certains délits de presse, tels que l'injure<sup>7</sup>, impliquent une appréciation linguistique des termes litigieux, ne serait-ce que pour en cerner le sens et le contexte, cette appréciation devant normalement être effectuée indépendamment de la langue employée.

Cependant, rares sont les affaires dans lesquelles la loi du 29 juillet 1881 a pu être mobilisée à l'égard de propos diffusés dans une autre langue que le Français, la loi ne faisant actuellement aucune mention de la langue d'usage pour déterminer l'existence d'un abus de la liberté d'expression. L'ancien article 14, aujourd'hui abrogé, prévoyait notamment que les journaux publiés en France en langue étrangère pouvaient faire l'objet d'une interdiction du ministre de l'Intérieur. La disposition, à l'origine, visait les journaux français publiés en langue étrangère par des mouvements régionaux et séparatistes, notamment niçois. Mais il ne faisait aucun doute que ces journaux étaient également soumis aux autres dispositions de la loi, celles-ci ne faisant aucune distinction sur ce point<sup>8</sup>. La doctrine la plus ancienne plaide déjà en faveur d'une application indifférenciée des textes. Dareau, dans son *Traité des injures* paru en 1775, estimait ainsi « qu'il n'est pas plus permis de molester injustement qui que ce soit, dans un idiome que dans un autre ; sans quoi combien de plumes méchantes se donneraient de licences à cet égard »<sup>9</sup>. En jurisprudence, on peut relever notamment un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 11 juillet 1972 ayant confirmé la condamnation pour injures et diffamations publiques des auteurs de tracts rédigés dans deux langues locales de Nouvelle-Calédonie<sup>10</sup>.

L'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 1<sup>er</sup> octobre 2018 nous donne un nouvel exemple de cette problématique, s'agissant cette fois-ci d'un service de communication en ligne. Les

faits étaient relatifs à des propos diffamatoires diffusés sur un blog, avec la particularité que ceux-ci étaient rédigés en occitan. Poursuivi au titre de la diffamation publique envers un particulier, au sens de l'article 32 de la loi, l'auteur des propos fut dans un premier temps condamné par le Tribunal correctionnel de Marseille, qui a néanmoins requalifié les faits en diffamations non publiques. La Cour devait donc déterminer si la diffusion de textes diffamatoires dans une langue minoritaire par un moyen de communication en ligne devait être considérée comme publique ou non publique.

Au-delà, ce problème pose la question plus générale de savoir si la langue employée pour commettre un délit de presse doit être prise en considération pour en établir le caractère public. La question est d'importance à l'heure des réseaux numériques, qui sont caractérisés par un véritable pluralisme linguistique. Des contenus formulés en toutes langues peuvent y être diffusés avec la même visibilité et par les mêmes services de communication. Tel est le cas notamment avec les réseaux sociaux. Ces mêmes services offrent techniquement à tout un chacun la possibilité de s'exprimer dans la langue de son choix, que celle-ci soit étrangère ou locale. Le problème est d'autant plus important que l'usage d'une langue différente de la langue maternelle peut être perçu comme un facteur psychologique de libération de la parole, notamment pour jurer ou tenir des propos outranciers<sup>11</sup>. Il y aurait en effet une diminution de l'intensité émotionnelle qui donne l'impression, pour l'auteur, de pouvoir s'exprimer plus librement<sup>12</sup>. Un tel usage entraîne également une exclusion des non-locuteurs dans un contexte public, ce qui atténuerait encore plus la portée des termes employés, voire même permettrait d'en « dissimuler » le sens.

Ces considérations nous renvoient bien à la distinction entre communication publique et non publique, distinction essentielle pour caractériser le régime juridique applicable à certains contenus, tels que les diffamations (I). En l'espèce, la Cour va confirmer la requalification, estimant que l'usage de l'occitan sur un service de communication en ligne principalement destiné à des locuteurs de cette langue excluait le caractère public. Cette solution paraît néanmoins critiquable, l'usage d'une langue devant normalement être indifférent aux critères de détermination de la publicité du message (II).

## I - LE CARACTÈRE PUBLIC OU NON PUBLIC DE LA DIFFAMATION FORMULÉE EN LANGUE LOCALE

Les critères permettant de déterminer le caractère public ou non public d'une communication ont été établis de longue date par la jurisprudence, mais leur application reste parfois discutable à l'égard des services de communication en ligne (A). Cependant, ils n'incluent pas, *a priori*, le recours à une langue spécifique, ce qui pose la question de savoir si des propos dif-

5. V. notre étude, Les langues dans le droit de l'audiovisuel – Entre exception et diversité culturelle, in G. Charbonnier (dir.), *L'Europe des langues*, PUAM, 2016, p. 101.

6. V. not., les commentaires que nous avons consacrés à ces sujets, Le néologisme anglais Cybershop ne constitue pas une marque verbale distinctive en France, note sous Aix-en-Provence, 2<sup>e</sup> ch., 7 févr. 2014, LPA 23 mai 2014, p. 7 ; Similitude linguistique et marque de renommée, note sous CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 20 nov. 2014, aff. C-581/13 P et C-582/13 P, LPA 17 juin 2015, p. 10 ; Similitude potentielle entre les marques Red Bull et Τρελός Ταύρος, note sous Conseil d'État de la République Hellénique, 15 août 2015, n° 1238/2015, LPA 10 févr. 2016, p. 8 ; Absence de distinctivité du nom commercial et du nom de domaine employant l'expression « Droneshop », note sous TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 3<sup>e</sup> sect., 13 nov. 2015, CCE avr. 2016, p. 9 ; Absence de distinctivité de la marque Show Time pour des services liés à l'événementiel, note sous Douai, 1<sup>er</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 6 avr. 2017, n° 16/03671, LPA 6 juill. 2017, p. 10 ; Absence de caractère distinctif pour une marque en latin, note sous Paris, pôle 5, 1<sup>er</sup> ch., 12 déc. 2017, LPA 25 mai 2018, p. 16.

7. S. Chatillon, préc., p. 700.

8. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, Tome 1, Larose, Paris, 1902, p. 228.

9. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Prault, Paris, 1775, p. 272.

10. Crim. 11 juill. 1972, n° 70-93.211, Bull. crim. n° 236.

11. W. Toivo, "Bad language : why being bilingual makes swearing easier", *The Guardian*, March 27, 2017.

12. W. Toivo et C. Scheepers, "Pupillary responses to affective words in bilinguals' first versus second language", December 27, 2018, *Biorxiv*, <https://doi.org/10.1101/506998>

famatoires doivent être considérés comme publics lorsqu'ils ont été formulés dans une langue minoritaire ou locale à l'attention d'un public indéterminé (B).

### A - La distinction problématique entre une communication publique et une communication non publique en ligne

La notion de « publication » est paradoxalement mal définie par les textes<sup>13</sup>. Il importe pourtant de distinguer les communications publiques des communications non publiques.

S'agissant précisément des délits de presse, l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 fournit des indications quant aux moyens mis en œuvre pour assurer la publication d'un message, parmi lesquels figure « tout moyen de communication au public par voie électronique ». Cette référence, qui renvoie à l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, inclut notamment les services de communication au public en ligne, celle-ci étant définie comme « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». L'interactivité, jadis monopole des correspondances privées, n'est plus exclusive d'une publication<sup>14</sup>. C'est pourtant par opposition à ces correspondances que celle-ci est définie, comme cela est fréquemment le cas en droit de la communication. Cette définition n'a donc rien d'éclairant, puisque les services de communication en ligne peuvent être les supports de communications publiques aussi bien que privées<sup>15</sup>. Il importe donc d'identifier ce qui relève des correspondances privées. La tâche est d'autant plus ardue que le même article 2, au titre de la définition des communications électroniques au public, vise également les « catégories de public », ce qui suppose une pluralité quantifiable de personnes. Or une correspondance, qu'elle soit sur support électronique ou papier, peut être adressée à plusieurs destinataires tout en conservant un caractère privé. Inversement, le même message peut être envoyé à un nombre restreint de personnes qui constitueront quand même un public<sup>16</sup>. La question a également pu être soulevée à l'égard des réseaux sociaux<sup>17</sup>. La distinction entre le groupe « privé » et la « catégorie de public » nécessite donc des critères plus précis.

C'est à ce niveau qu'intervient la recherche d'une communauté d'intérêts entre les destinataires de la communication, critère propre à établir le caractère « non public » de celle-ci. La publicité

ne dépend pas du nombre de personnes en cause, mais seulement de la composition du groupe<sup>18</sup>. La définition de ce critère a donné lieu à d'intéressants développements dans la jurisprudence. Tout d'abord, il ne saurait normalement être trop large, ni trop « objectif ». Par exemple, l'appartenance à une même profession ne saurait en soi caractériser la communauté d'intérêts entre plusieurs personnes<sup>19</sup>. On ne saurait ainsi déduire la communauté d'intérêts et des « intérêts communs » que peuvent partager plusieurs personnes ; il faut encore que celles-ci soient liées par un lien contractuel ou juridique<sup>20</sup>. Outre ce premier élément, les destinataires de la communication doivent avoir été sélectionnés en fonction de cet intérêt, commun à tous mais aussi personnel à chacun, ce qui implique normalement qu'ils soient en nombre déterminé. Enfin, il faut encore que le message adressé soit lui

aussi relatif à cet intérêt. C'est ainsi que les membres de différents groupements<sup>21</sup> ou les salariés d'une entreprise<sup>22</sup> ont notamment pu être considérés comme liés par une communauté d'intérêt. Inversement, celle-ci ne saurait être établie entre les membres d'un conseil municipal, qui sont liés par un intérêt public<sup>23</sup>. Le trouble a récemment été jeté à l'aune des réseaux sociaux, la communauté d'intérêt ayant été affranchie de l'exigence d'un lien juridique ou contractuel. Elle a pu être caractérisée à l'égard de propos publiés sur un groupe

Facebook « fermé » du seul fait que celui-ci ne réunissait qu'un petit nombre de personnes dûment sélectionnées par l'auteur de la communication en fonction de leurs relations personnelles<sup>24</sup>. De là, les juges du fond auraient dû rechercher si les termes litigieux ne pouvaient être qualifiés en injures non publiques.

Le caractère non public d'une communication peut donc être établi au regard de ces différents critères tenant à la fois à l'intention de l'auteur, au support employé ainsi qu'au nombre et à la qualité des destinataires. À défaut, la simple accessibilité d'une personne étrangère à la communauté d'intérêts suffit pour caractériser la publicité. La distinction est essentielle pour déterminer la qualification et le régime des poursuites qui seront applicables à certaines infractions<sup>25</sup>. Tel est le cas s'agissant des diffamations, qui sont poursuivies et sanctionnées différemment selon qu'elles aient été publiques ou non publiques.

18. M. Véron, *Droit pénal spécial*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 2017, p. 197

19. Paris, 11<sup>e</sup> ch., sect. B, 16 janv. 2003, CCE oct. 2003. Comm. n° 99, obs. A. Lepage.

20. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, 2<sup>e</sup> éd., Victoires SA, 2017, p. 115.

21. V. not., Crim. 26 janv. 1993, n° 91-83.260, Bull. crim. n° 41 (ordre professionnel) ; Crim. 27 mai 1999, n° 98-82.461, DP, janv. 2000, p. 11, obs. M. Véron (parti politique) ; Crim. 7 mars 2000, n° 99-80.810, DP, août 2000, p. 10, obs. M. Véron (copropriété) ; Crim. 30 mai 2007, n° 06-86.326 (association).

22. Crim. 12 sept. 2000, n° 99-86.650, Bull. crim. n° 267 ; Paris, 1<sup>er</sup> déc. 2004, CCE 2005. Comm. n° 165, obs. A. Lepage.

23. Crim. 16 mars 2010, n° 09-84.160, CCE 2010. Comm. n° 67, obs. A. Lepage.

24. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 avr. 2013, n° 11-19.530, Gaz. Pal. 19 juin 2013, p. 14, obs. P. Piot ; CCE juill. 2013. Comm. n° 81, obs. A. Lepage ; V. égal., en droit du travail, Soc. 12 sept. 2018, n° 16-11.690, RLDI, n° 152, oct. 2018, p. 8, note E. Derieux ; JCP 2018, p. 2032, obs. G. Loiseau ; RLDI n° 153, nov. 2018, p. 8, note A. Casanova.

25. N. Mallet-Poujol, La notion de publication sur l'Internet et son incidence concernant la prescription des délits en ligne, *Légicom*, n° 35, janv. 2006, p. 53.

13. E. Derieux, La notion de « publication » en droit de la communication, *Droit et actualité – Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, Paris, 2005, p. 275 ; E. Dreyer, *Droit de la communication*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 593 et s.

14. J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, Paris, 2011, p. 94.

15. E. Derieux, préc., p. 284.

16. V. not., Crim. 28 avr. 2009, n° 08-85.249, CCE nov. 2009. Comm. n° 102, obs. A. Lepage ; Crim. 6 janv. 2015, n° 13-87.885, *Légipresse* n° 325, mars 2015, p. 140.

17. R. Hardouin, Facebook ou l'établissement de la frontière entre espace public et sphère privée, *RLDI*, n° 67, janv. 2011, p. 54.

## B - Le problème posé par la diffamation formulée dans une langue locale sur un service de communication au public en ligne

Avant d'examiner les faits de l'espèce, il importe de rappeler quelques éléments de contexte relatifs au statut des langues minoritaires et locales en France.

L'emploi d'une de ces langues sur un service de communication en ligne n'est en effet pas anodin, et intervient comme une réaction au principe d'unilinguisme consacré par l'article 2 de la Constitution<sup>26</sup>. La langue officielle de la République étant le Français, les langues locales en usage en France se sont vues privées de toute représentation dans les services publics<sup>27</sup>. Seuls les débats judiciaires en matière civile peuvent être tenus dans une autre langue, à la condition que le juge maîtrise celle-ci, selon l'article 23 du code de procédure civile. C'est là une petite ouverture aux parlers régionaux qui provient d'une pratique des départements de l'Est<sup>28</sup>. Un sentiment général de marginalisation de la part des communautés linguistiques concernées a ainsi pu être opposé à la volonté républicaine d'intégration<sup>29</sup>. Aussi, dans les cas les plus extrêmes, l'usage public de ces langues par leurs défenseurs peut être perçu comme un acte de résistance, voire de provocation<sup>30</sup>. Et cela explique que les discussions relatives à la représentation de ces langues soient souvent teintées d'oppositions politiques, y compris entre les mouvements qui en font la promotion. Certains d'entre eux, à tendance régionaliste ou indépendantiste, sont volontiers, et peut-être un peu trop vite, rapprochés de l'extrême droite. Ce rattachement hâtif était justement en cause dans la présente affaire et caractérisait même la diffamation litigieuse (V. *infra*).

Nonobstant cette dimension politique, on doit également relever que le développement des services de communication en ligne a donné une nouvelle opportunité aux locuteurs de ces langues pour les pratiquer publiquement. Comme nous l'avons vu, ces services garantissent à chacun le droit constitutionnel de s'exprimer dans la langue de son choix. Le Conseil constitutionnel avait formellement rappelé la portée de ce droit, qui s'inscrit dans le sillage de la liberté d'expression<sup>31</sup>. Aussi, on ne saurait cantonner l'emploi d'une langue locale à la sphère de la vie privée, entendue classiquement comme la vie « au domicile » ou les relations entre membres d'une famille, par opposition à la « vie publique », qui

est elle-même limitée aux services publics. L'emploi d'une autre langue peut en fait s'étendre à tous les moyens et services de communication publique ou privée dont l'usage ne relève pas d'une relation avec un service public. Les frontières « classiques » auxquelles l'usage des langues minoritaires en France était borné ont volé en éclats à l'ère du numérique. Les services de communication en ligne sont certainement les plus propices, en ce qu'ils sont les plus accessibles et les moins coûteux par rapport aux services audiovisuels ou aux services de presse. Ces digressions vont nous éclairer sur le contexte des faits de l'espèce, qui résume à elle seule ces controverses.

Ils mettent en cause l'usage d'une langue minoritaire dans le cadre d'une discussion scientifique précisément relative à ses racines linguistiques. Les propos litigieux ont été diffusés sur un blog rédigé en occitan et principalement adressé à la communauté des locuteurs et érudits dans cette langue. Certains des lecteurs et utilisateurs de ce service sont d'ailleurs des chercheurs en linguistique. L'un d'entre eux était nommément visé, dans le cadre d'un débat assez vif quant aux variantes régionales de l'occitan (cette langue fait preuve d'une grande diversité dialectale, ce qui explique des variations plus ou moins importantes entre les régions du sud de la France). Ayant émis une opinion sur la pureté de certains de l'un de ces dialectes, ledit chercheur se voyait accusé d'avoir tenu des propos à connotation raciste, voire même nazie pour certains d'entre eux. L'auteur des diffamations lui imputait une parenté avec les thèses de Louis Alibert, occitaniste notoire du vingtième siècle, mais également connu pour ses accointances controversées avec le régime de Vichy. Pour autant, le chercheur visé se défendait d'être l'auteur de textes haineux, son opinion ne participant que d'un débat scientifique quant aux racines des dialectes occitans.

Poursuivi sur le fondement de l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881, l'auteur des textes plaidait l'exception de bonne foi dans le cadre d'un débat particulièrement houleux. Leur caractère diffamatoire a néanmoins été retenu par le Tribunal correctionnel de Marseille, dans un jugement en date du 8 février 2018. Ils avaient bien pour effet d'imputer, sans nuances, des thèses et discours racistes à l'égard du chercheur en cause (bien que certains termes présentaient également un caractère injurieux). La solution est classique sur ce point<sup>32</sup>. L'élément moral de l'infraction étant établi, il était nécessaire de vérifier si la diffamation présentait bien un caractère public, au sens de l'article précité. La diffusion des propos sur un blog ne comportant pas de restriction d'accès semblait plaider en ce sens, conformément à la jurisprudence classique en la matière<sup>33</sup>. Mais c'est là que l'usage d'une langue minoritaire est quelque peu venu perturber l'analyse des juges. Le tribunal correctionnel a en effet requalifié les textes en diffamations non publiques, ce sur quoi la cour d'appel était elle-même questionnée.

26. A. Blanc, *La langue de la république est le français – Essai sur l'instrumentalisation juridique de la langue par l'État (1789-2013)*, L'Harmattan, Paris, 2013, 485 p. ; V. égal., G. Cornu, *op. cit.*, p. 423.

27. Cons. const. 15 juin 1999, n° 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, § 8 ; F. Mélin-Soucramanien, *La République contre Babel. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, RD publ. juill.-août 1999, n° 4, p. 985.

28. G. Cornu, *op. cit.*, p. 429.

29. A. Camilleri-Subrenat, *L'incitation à la haine et la Constitution*, RIDC, n° 54, juill.-sept. 2002, p. 541.

30. V. not., les ex. cités par N. Molfessis, *La langue et le droit*, préc., p. 184.

31. Cons. const. 29 juill. 1994, n° 94-345 DC, § 6 ; P. Wachsmann, *Inconstitutionnalité partielle de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française*.

32. V. not., Versailles, 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 3 mars 2005, CCE juill. 2005. Comm. n° 125, obs. A. Lepage.

33. V. not., TGI Paris, réf., 5 juill. 2002, CCE nov. 2002. Comm. n° 149, obs. A. Lepage ; Paris, 1<sup>re</sup> ch. B, 5 juin 2003, CCE mars 2004. Comm. n° 34, obs. A. Lepage.

La formulation des textes en occitan révélait-elle la volonté d'en réserver la diffusion à un nombre déterminé de personnes liées par une communauté d'intérêts ?

## II - L'INDIFFÉRENCE DE LA LANGUE À L'ÉGARD DES DIFFAMATIONS PUBLIQUES OU NON PUBLIQUES

La cour d'appel va répondre positivement à la question ainsi posée. Elle considère que l'emploi d'une langue minoritaire dans le cadre d'échanges sur un sujet spécialisé et en lien avec ladite langue établit bien l'existence d'une communauté d'intérêts, propre à justifier la requalification en diffamations non publiques (A). La solution est néanmoins critiquable, ce critère devant normalement rester indifférent au caractère public ou non public d'une communication (B).

### A - L'usage d'une langue locale, critère hasardeux de la requalification en diffamation non publique

La langue d'usage n'est nulle part mentionnée dans la loi du 29 juillet 1881 comme un critère permettant d'établir un délit de presse.

On ne saurait en déduire que tous les délits visés par cette loi présupposent l'emploi de la langue française. Une telle solution serait naturellement excessive, en ce qu'elle laisserait toute latitude aux propos tenus dans une autre langue. Pour autant, il est certain que le recours à une langue minoritaire dans un contexte donné peut permettre d'exclure toutes les personnes qui ne sont pas à même de comprendre le sens des termes employés. L'émetteur et le(s) destinataire(s) d'un message rédigé ou formulé dans une langue qui n'est comprise que par eux peuvent profiter d'un effet de dissimulation vis-à-vis des non-locuteurs. Cela interroge donc sur le caractère éventuellement privé d'une telle communication. Comme nous l'avons vu, l'usage dans une langue différente de celle du public « principal » libère l'expression de termes outranciers sur le plan psychologique. Leur portée en est atténuée, tant pour le public non-locuteur qui est présumé ne pas comprendre leur sens, que pour leur auteur, qui aura eu la satisfaction d'exprimer des termes offensants sans avoir à en rendre compte. Or on retrouve là le même effet libératoire qui existe dans les correspondances privées, ce pourquoi leur contenu bénéficie d'un principe d'impunité<sup>34</sup>. Si l'emploi d'une langue autre que le Français pourrait dès lors participer des critères de distinction entre une communication publique et une communication non publique, encore faut-il apprécier en quoi cet usage permet d'établir une volonté de réserver le message litigieux à un nombre restreint de personnes liées par une communauté d'intérêt. C'est ce que les juges ont cherché à démontrer dans cette affaire.

Selon la Cour, les propos diffamatoires ont certes été tenus sur un blog ne comportant pas de restriction d'accès, ce qui constitue potentiellement un service de communication au public en ligne. Cependant, celui-ci s'adresse principalement, non seulement à

des locuteurs de l'occitan, mais aussi et surtout à des érudits de cette langue. Autrement dit, l'occitan y est à la fois la langue d'expression et le sujet même des textes postés et des discussions qui y sont tenues. De là, les juges en déduisent que les personnes consultant habituellement le blog constituaient un « cercle restreint » du point de vue statistique (le défendeur arguait du fait que le billet contenant les termes diffamatoires n'avaient été lu que par treize personnes) et qu'elles étaient unies par une communauté d'intérêts consistant en la « thématique occitane/Langue d'oc » (qui semble être le titre de la rubrique au sein de laquelle les commentaires litigieux ont été postés). Aucune conséquence n'est tirée du fait que les propos figuraient sur un service de communication en accès libre et gratuit. Cela sous-entendrait donc que le seul emploi d'une langue minoritaire peut emporter l'exclusion du critère de publicité, indépendamment du moyen de communication employé. L'auteur des diffamations aurait réservé son message à des personnes déterminées, en leur double qualité de locuteurs et d'érudits de la langue utilisée. Et cela semble suffisant pour entraîner la requalification en diffamations non publiques, au sens de l'article R. 621-1 du code pénal. Le jugement du tribunal correctionnel est pour cette raison confirmé par la cour d'appel.

L'argumentation ainsi déployée tenterait donc d'établir un nouveau critère de distinction entre une communication publique et une communication non publique, notamment applicable aux services en ligne. Une telle solution emporte bien sûr des conséquences pratiques que l'on peut aisément imaginer. On ne pourrait désormais que conseiller aux personnes qui souhaitent diffamer ou injurier un tiers sur un service de communication en ligne de rechercher une langue qui est peu usitée en France. Les sites et applications de traduction, dont un certain nombre sont gratuits et publics, ne les y aideront que mieux. Peut-être cela invitera-t-il les Français à mieux pratiquer les langues étrangères, et même à cultiver les langues et dialectes locaux. Leur usage se trouverait finalement plus libre que celui du Français, langue officielle de la République, et qui serait donc aussi celle de la loi du 29 juillet 1881. Il manquerait à l'usage de ces langues l'élément de publicité « qualifiée », qui est classiquement exigé pour déterminer la poursuite des infractions visées par la loi précitée. Enfin, les locuteurs réguliers de l'occitan, que les plus basses estimations évaluaient à plus d'un demi-million en 2007<sup>35</sup> (mais qui pourraient être beaucoup plus si l'on compte les locuteurs occasionnels), seront ravis d'apprendre qu'ils sont liés par une communauté d'intérêts pour peu qu'ils s'impliquent un minimum dans la défense de cette langue. Les autres communautés linguistiques françaises pourront opportunément tirer parti de ce privilège.

On rappellera pourtant que la Cour de cassation, dans l'une des seules affaires connues similaires au cas d'espèce<sup>36</sup>, avait confirmé les qualifications d'injures et diffamations publiques pour des tracts distribués en Nouvelle-Calédonie à moins de deux mille exemplaires et rédigés en langue de Lifou et langue de Maré, le nombre de locuteurs de ces deux langues étant encore plus restreint que celui de l'occitan. C'est bien parce que cette diffusion était susceptible de

34. E. Dreyer, *op. cit.*, p. 607.

35. P. Martel, Qui parle occitan ? À propos d'une enquête, *Langues et cité - L'occitan*, déc. 2007, n° 10, p. 3.

36. Crim. 11 juill. 1972, n° 70-93.211, préc.

troubler l'ordre public, même localement, qu'elle devait être considérée comme une communication publique.

La solution de la cour d'appel ne tient évidemment pas la route au regard des critères classiques de la publicité, et au sein desquels la langue d'usage ne saurait être rangée.

## **B - L'usage d'une langue locale, critère indifférent au caractère public ou non public d'une communication**

L'argumentation déployée par les juges du fond paraît pour le moins critiquable en ce qu'elle procède d'une double confusion tant au niveau du moyen employé, à savoir l'usage d'une langue minoritaire, que de l'objet de la communication, à savoir l'étude de cette même langue.

Au niveau du moyen, la Cour semble confondre la communauté d'intérêts avec la communauté linguistique. Pourtant, le fait d'avoir des compétences linguistiques dans une langue donnée et de cultiver celles-ci ne constitue qu'une caractéristique, qui peut être commune à plusieurs personnes. Celles-ci seront naturellement enclines à communiquer entre elles et à emprunter pour cela des moyens d'expression garantissant l'usage de cette langue. Et il se peut effectivement qu'elles soient peu nombreuses du point de vue statistique, notamment s'il s'agit d'une langue minoritaire, ce qui réduit d'autant le nombre des destinataires. Mais aucun de ces éléments n'est en soi suffisant pour établir la communauté d'intérêts. L'usage de ces langues peut être pratiqué pour de multiples raisons, sur de multiples sujets, par de multiples supports et entre de multiples personnes. Il ne s'agit que de l'exercice de la liberté d'expression. Hors les services publics, cette liberté inclut le droit de s'exprimer dans la langue de son choix, quelles que soient les circonstances. On ne saurait donc préjuger que le recours à ces langues implique par principe une communication privée.

Au niveau de l'objet, la Cour confond clairement la communauté d'intérêt avec un centre d'intérêt. Or, on sait que le caractère spécialisé d'une communication, si hermétique soit-elle, ne permet pas de la considérer automatiquement comme non publique<sup>37</sup>. Là encore, tous les sujets et tous les centres d'intérêt peuvent faire l'objet de communications publiques ou privées. Par extension, la confusion doit également être exclue à l'égard de la qualité des personnes en cause. La recherche en linguistique occitane ne réunit peut-être qu'un nombre restreint de personnes tout en constituant un centre d'intérêt public. Et le fait, pour les érudits, de s'exprimer entre eux dans cette langue est tout à fait logique. S'ils constituent bien un groupe de personnes partageant un même centre d'intérêt, cela n'en fait pas pour autant une communauté d'intérêts. Aussi, l'interprétation donnée par la Cour ne pourrait se comprendre qu'en opposant la communauté linguistique occitane, et au sein de celle-ci la communauté des chercheurs et érudits, au « reste » de la communauté nationale, autrement dit le public, plus nombreux, qui pratique principalement la langue française. La double confusion du moyen et

de l'objet de la communication a ainsi conduit à exagérer la communauté d'intérêts.

Cela amène la Cour à négliger un élément essentiel : le fait que le blog ne comportait aucune restriction d'accès. C'était oublier que le caractère public d'une communication ne suppose pas nécessairement un public « très » nombreux. Il ne suppose pas non plus de s'en tenir au public avéré ou ciblé mais seulement au public potentiel<sup>38</sup>. Une seule personne étrangère à la communauté d'intérêts suffit pour établir la publicité. Dans le cas présent, cela veut dire que tous les locuteurs de l'occitan, y compris ceux qui ne participaient pas au débat scientifique en cause, pouvaient prendre connaissance des propos diffamatoires. Il importe peu que seulement treize personnes les aient effectivement lues. L'intention de l'auteur était bien de diffuser ses allégations à un nombre indéterminé de lecteurs, au-delà des protagonistes du débat. Ses propos étaient accessibles et compréhensibles pour plus d'un demi-million de lecteurs potentiels. On ne saurait raisonnablement contester que ces personnes constituent un public. Et l'on pourrait encore y ajouter toutes celles qui, sans comprendre l'occitan, découvriraient le sens des termes à l'aide d'un traducteur, une simple recherche des nom et prénom et de la personne diffamée permettant d'accéder au service. La solution rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence paraît donc difficilement compréhensible.

À ce titre, on rappellera que l'exigence d'un lien juridique ou contractuel devrait normalement rester un élément essentiel à la détermination de cette notion, qui risque de se diluer dans l'environnement numérique. En l'espèce, il est certain que les éléments relevés par les juges auraient pu permettre d'établir cette communauté, mais à condition que les destinataires des propos soient également liés en tant que membres d'une structure (une simple inscription sur le blog n'aurait pas suffi). Des termes diffamatoires ou injurieux prononcés entre les seuls membres d'une association culturelle ou d'un laboratoire de recherche en linguistique pourraient être considérés comme non publics pour cette seule raison. L'usage d'une langue étrangère ne pourrait à la limite être retenu comme critère de la communauté d'intérêts que dans le cadre d'une communication orale, et en admettant que les propos soient proférés en présence d'un public majoritairement composé de non-locuteurs. C'est là une différence essentielle entre les modes de publication visés par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, la portée de la publication étant nécessairement plus incertaine en présence d'éléments écrits.

Du reste, si cette loi ne comporte aucune disposition relative à l'usage de la langue dans le cadre d'une communication publique, c'est bien parce que ce critère est normalement indifférent. La loi de 1881 a vocation à encadrer l'exercice de la liberté d'expression quelle que soit la langue employée, conformément au principe de libre choix. Il n'y a donc pas à en faire un élément déterminant de la publication, ce pourquoi il est souhaitable que cette décision reste isolée.

**P. M.**

<sup>37</sup>. V. not., TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 7 mars 2005, CCE sept. 2005. Comm. n° 144, obs. A. Lepage.

<sup>38</sup>. Paris, 23 juin 2000, Légipresse, n° 176, nov. 2000, III, p. 182, note C. Rojinsky.

## Le Conseil de l'Ordre des experts-comptables ne peut agir en diffamation publique envers les corps constitués au sens de la loi de 1881

**MOTS-CLÉS :** Diffamation – Corps constitués – Administration publique – Conseil de l'ordre – Article 30 de la loi du 29 juillet 1881

Cour de cassation, crim.,

18 juin 2019, n° 19-80.088

Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables 372-21

Ne peuvent agir en diffamation sur le fondement de l'article 30 de la loi de 1881 que les corps constitués ayant une existence légale permanente auxquels la Constitution ou les lois ont dévolu une portion de l'autorité ou de l'administration publique.

[...]

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 2 et 497 du code de procédure pénale ;

Vu l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;  
Attendu qu'en matière de délits de presse, l'acte initial de poursuite fixe définitivement et irrévocablement la nature, l'étendue et l'objet de la poursuite, ainsi que les points sur lesquels le prévenu aura à se défendre ; qu'il s'ensuit que les propos poursuivis comme diffamatoires à l'égard d'une personne ne peuvent emporter condamnation en tant qu'ils comportent également des imputations en visant une autre ;

Attendu que, pour infirmer le jugement sur les intérêts civils, l'arrêt retient une faute civile caractérisée par l'allégation de faits contraires à l'honneur ou à la considération non seulement du conseil régional de l'ordre des experts-comptables des Pays de Loire mais aussi du conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'elle n'était saisie par la plainte avec constitution de partie civile que de diffamation publique envers le conseil régional de l'ordre des experts-comptables des Pays de Loire, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus énoncé ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Et sur le moyen relevé d'office pris de la violation de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la possibilité de soulever ce moyen ayant été évoquée dans le rapport ;

Attendu que ne peuvent agir en diffamation sur le fondement de ce texte que les corps constitués ayant une existence légale permanente auxquels la Constitution ou les lois ont dévolu une portion de l'autorité ou de l'administration publique ;

Attendu que l'arrêt a retenu l'existence d'une faute civile définie à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite engagée sur le fondement de ce texte du chef de diffamation publique envers le conseil régional de l'ordre des experts-comptables des Pays de Loire ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que ledit conseil régional n'a pas reçu de la loi une portion de l'autorité ou de

l'administration publique, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

D'où il suit que la cassation est également encourue ; [...]

Par ces motifs et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de cassation proposé :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la cour d'appel d'Angers, en date du 12 novembre 2018 ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Prés. : M. Soulard – Av. : SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer

## COMMENTAIRE



**Basile Ader**

Avocat au Barreau  
de Paris

Le Conseil régional de l'Ordre des experts-comptables des Pays de Loire et le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables sont-ils des corps constitués ou des administrations publiques, au sens de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 ? C'est la question qui était soumise à la Cour de cassation.

On le sait, la diffamation envers les personnes publiques est plus sévèrement sanctionnée et doit nécessairement être portée devant la juridiction correctionnelle, au nom de la protection de l'autorité publique à laquelle est attaché l'intérêt général. Ce régime spécial aggravé a été jugé conforme aux dispositions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>. Mais pour bénéficier d'une telle protection, il faut que l'entité ait non seulement la personnalité morale<sup>2</sup>, mais encore qu'elle prouve être pourvue d'une portion de l'autorité publique ou de l'administration publique, en disposant de prérogatives de puissance publique. Les prérogatives de puissance publique sont celles conférées aux administrations pour remplir leur mission de service public qui s'impose aux personnes de droit privé.

Pour régir les professions réglementées, les ordres professionnels se voient confier par la loi des missions (accès à la profession, formation, fonctions juridictionnelles et arbitrages, etc...) qui ne sont donc pas pour autant constitutives de prérogatives de puissance publique, quel que soit l'intérêt public qui s'attache à elles.

Cela aurait pu être jugé autrement, mais la jurisprudence est désormais constante. Ce qui a été refusé en l'espèce à l'Ordre des experts-comptables, l'avait déjà été, aux chambres régionales, et chambres interdépartementales des notaires, comme au Conseil supérieur du notariat<sup>3</sup>, puis au Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes<sup>4</sup>.

**B. A**

1. Crim. 3 déc. 2002, n° 01-85.466, Bull. crim. n° 204 ; CEDH 30 mars 2004, n° 53984/00, *Radio France cf France*, D. 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 1060, obs. C. Birsan ; RSC 2005. 630, obs. F. Massias ; RTD civ. 2004. 801, obs. J.-P. Marguénaud ; Légipresse sept. 2004, n° 214 III p. 139, note H. Leclerc.

2. Raison pour laquelle la commune ne s'est pas vue reconnaître une telle protection, Crim. 8 juin 2004, n° 03-86.209, Bull. crim. n° 155 ; AJDA 2004. 1780 ; D. 2004. 2477 ; AJ pénal 2004. 369.

3. Crim. 1<sup>er</sup> sept. 2004, n° 04-81.118, Bull. crim. n° 193 ; AJ pénal 2004. 407.

4. Crim. 1<sup>er</sup> déc. 2015, n° 14-83.412.

## Contrefaçon de photographies : la technique photographique au secours des juristes

À l'heure où, internet aidant, bon nombre des contrefaçons concernent des photographies, les auteurs et leurs défenseurs perdent souvent de vue l'utilité considérable de la technique photographique dans la constitution du dossier. Ce décryptage vise à favoriser une meilleure communication entre le photographe et son conseil.

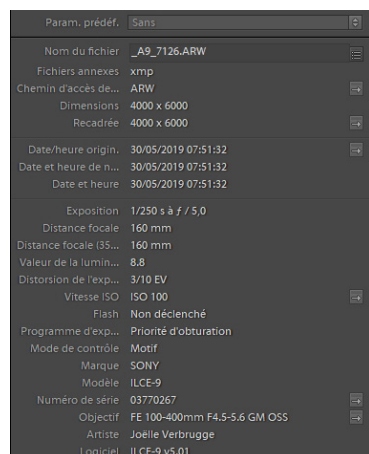
### I - NOTIONS TECHNIQUES PRÉALABLES

Avant d'entrer dans le vif du sujet, la bonne compréhension de ce préambule un peu technique facilitera ensuite la mise en œuvre des conseils donnés ou des manipulations suggérées. Voici donc un petit dictionnaire des termes utiles, et du but dans lequel le juriste pourra ensuite en faire usage pour renforcer le dossier qui lui est confié.

#### A - EXIFS

##### 1 - Que signifient les « données EXIF » ?

Le terme « EXIF » est l'acronyme de « Exchangeable image file format » et désigne les informations automatiquement insérées dans les fichiers issus des appareils numériques (du simple smartphone jusqu'aux boîtiers reflex ou hybrides les plus performants). Ces données informent sur les paramètres de prises de vue (ouverture de diaphragme, vitesse d'obturation, sensibilité en iso, distance focale de l'objectif utilisé, etc.), identifient l'appareil, indiquent si un flash a été déclenché, précisent la marque et le modèle de l'appareil, ainsi que son numéro de



\* Publications : <https://blog.droit-et-photographie.com/publications> ;  
Photographe : [www.joelle-verbrugge.photographie.com](http://www.joelle-verbrugge.photographie.com)



l'appareil utilisé, même s'il est possible d'en paramétrer certaines dans les menus de l'appareil avant la prise de vue (dans mon exemple, la façon dont le nom du fichier sera attribué par l'appareil). Celles qui renseignent sur les paramètres de prise de vue ne sont pas modifiables.

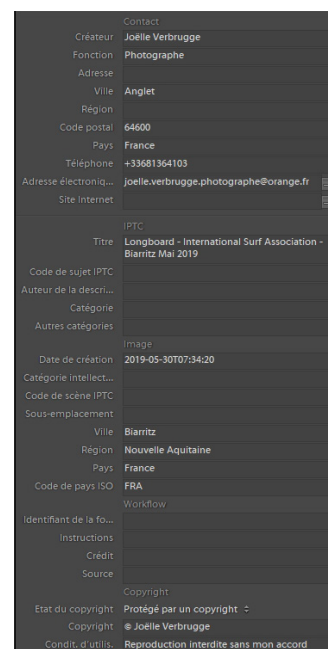
##### 2 - En quoi peuvent-elles servir le dossier ?

Les données EXIF peuvent aider à démontrer qui est l'auteur de la photographie (qu'elles figurent ou non dans la version du fichier utilisée sur internet par l'auteur et/ou le contrefacteur).

#### B - IPTC

##### 1 - Que sont les « champs IPTC » ?

Les fichiers numériques issus des appareils de prises de vue contiennent aussi des champs nommés « IPTC » (du nom de l'International Press Telecommunications Council qui les a créés) qui, cette fois, sont à remplir par le photographe. Certains peuvent l'être déjà dans les paramètres de l'appareil (notamment le nom de l'auteur, les indications sur la propriété intellectuelle), mais les autres champs seront complétés au moment du post-traitement. En voici un exemple partiellement complété pour l'une de mes photographies. S'il est rare que tous les champs soient remplis, ceux relatifs à l'identification de l'auteur, à son adresse et ses coordonnées ainsi qu'aux légendes et mots clés sont généralement renseignés par les photographes.



## 2 - En quoi peuvent-ils servir le dossier ?

Ces champs vont essentiellement aider à répondre aux arguments de la partie poursuivie, notamment le traditionnel « Je n'ai pas retrouvé l'auteur malgré mes recherches ».

### C - Métadonnées

Les « métadonnées » recouvrent à la fois les champs IPTC et les données EXIFS. Ce sont donc toutes les informations encapsulées dans le fichier numérique.

Il faut aussi préciser :

- qu'au moment d'exporter ou de publier sa photographie, le photographe a le choix d'inclure ou non tout ou partie des métadonnées. Il peut donc décider soit de diffuser la photo sans la moindre information, soit de limiter les informations aux champs IPTC permettant notamment de le contacter facilement, soit enfin se contenter d'ajouter son nom de façon visible sur la photo (un « watermark » ou « filigrane ») en supprimant lui-même toutes les métadonnées dans la version diffusée. Notez que les métadonnées seront de toute façon toujours intégrées aux fichiers RAW conservés par le photographe.
- qu'en cas de diffusion sur les réseaux sociaux, les métadonnées sont le plus souvent automatiquement supprimées par les algorithmes de la plateforme de telle sorte que si l'utilisateur d'une photo récupère celle-ci sur un réseau social, il n'y aura de toute façon pas accès.
- enfin, lorsqu'il s'agit de photographies argentiques qui ont été scannées, il n'y a certes pas de données EXIF puisque l'appareil n'était pas numérique, mais il peut y avoir des champs IPTC rajoutés par le photographe au moment de post-traiter le fichier scanné.

On peut conseiller aux photographes de paramétrer leurs logiciels de post-traitement pour que les photos destinées à une diffusion sur le web ne contiennent que les champs IPTC, et non les données EXIFS, pour les raisons détaillées ci-après. Mais dans tous les cas, il y a toujours des arguments à tirer de la présence ou de l'absence des métadonnées.

### D - RAW

#### 1 - Qu'est-ce qu'un « fichier RAW » ?

Les fichiers « RAW » (« bruts » en anglais) sont des fichiers non compressés par l'appareil photo (on parle parfois de « négatifs numériques ») et qui portent une extension variable selon la marque de l'appareil (\*.CRW ou \*.CR2 pour Canon, \*.NEF pour Nikon, \*.ARW pour Sony, etc.). Techniquement, ces fichiers permettent aux photographes de disposer d'une marge d'intervention nettement plus importante au moment du post-traitement. Ces fichiers sont généralement très lourds (leur poids augmente, entre autres, avec la résolution du capteur de l'appareil) et, pour pouvoir être visionnés ensuite sur tous les terminaux, doivent être convertis dans un autre format (le plus souvent \*.jpg ou \*.tif). Un fichier RAW ne peut PAS être créé à partir d'un fichier déjà converti en JPG ou en TIFF. Mais tous les photographes n'utilisent pas cette possibilité, notamment dans la presse où la rapidité de transmission aux agences de presse rend impossible

le post-traitement, processus souvent très chronophage. Les métadonnées sont bien sûr également intégrées dans les fichiers JPG créés par l'appareil si le photographe n'utilise pas les RAW.

#### 2 - À quoi peuvent-ils servir votre dossier ?

Les fichiers RAW vont aider à démontrer la qualité d'auteur.

### E - Post-traitement

#### 1 - Qu'est-ce que le post-traitement ?

On parle bien sûr de « post-traitement » pour évoquer, de façon très générale, toutes les interventions du photographe sur son fichier numérique, avant la divulgation de la photographie :

- importation des photos et ajout des métadonnées (champs IPTC) ;
- traitements de luminosité, colorimétrie, recadrages, correction des perspectives, suppression des traces de poussières sur le capteur, interventions sur le contraste ou la saturation, etc. ;
- et dans certains cas, retouches plus poussées (suppression d'éléments, retouches fines notamment en matière de portrait et de mode, etc.)

#### 2 - En quoi intervient-il dans le dossier ?

Indépendamment de l'importance du post-traitement dans la démonstration de l'originalité – évoqué ultérieurement –, les interventions du photographe au moment du post-traitement aideront à démontrer sa qualité d'auteur.

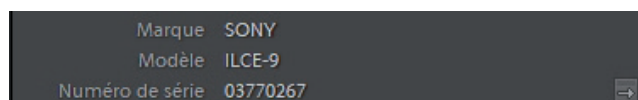
Voyons à présent comment ces notions techniques vont intervenir à différents stades de la constitution du dossier par le photographe et son avocat, voire lors de la réalisation d'un constat d'huissier en ligne.

## II - PREUVE DE LA QUALITÉ D'AUTEUR

Ne sera dans cette partie évoquée que la preuve de ce que le photographe est bien celui qui a déclenché au moment de la prise de vue.

### A - Prouver la qualité d'auteur à l'aide des données EXIFS

Les données EXIF renseignent notamment la marque, le modèle et le numéro de série du boîtier.



Et bien entendu, le photographe est en général propriétaire du boîtier qu'il a utilisé pour prendre la photo, et peut le démontrer à l'aide de la facture d'achat :



# Textes décryptage

Dans cet exemple, il faudra aussi que le photographe démontre que « ILCE-9 » (le nom officiel du modèle dans le programme interne de l'appareil) correspond bien à son nom « Commercial » (Sony Alpha 9), ce qui peut être fait très simplement à l'aide d'une capture d'écran du site web du fabricant (ou un scan du manuel de l'appareil) :



Ces mêmes données EXIF renseignent aussi parfois les coordonnées GPS du lieu de la prise de vue :

- soit parce que la photo a été prise par un smartphone paramétré pour les enregistrer dans le fichier ;
- soit parce que la photo a été prise par un boîtier reflex ou hybride équipé d'un GPS interne, et que le paramétrage fait par le photographe a autorisé l'enregistrement ;
- soit enfin parce que le photographe a enregistré ces données à l'aide d'un appareil externe avant de les synchroniser avec le fichier contenant l'image.

Il peut arriver, notamment pour des photographes professionnels qui se sont déplacés pour la réalisation de leurs photos, qu'ils aient conservé la preuve des frais de déplacement (ticket de péage, billet de train ou d'avion, ticket de restaurant), notamment pour leur comptabilité. Il suffira alors de les ajouter au dossier, en parallèle de la localisation à laquelle correspondent les données GPS.

Dès lors, deux possibilités peuvent se présenter :

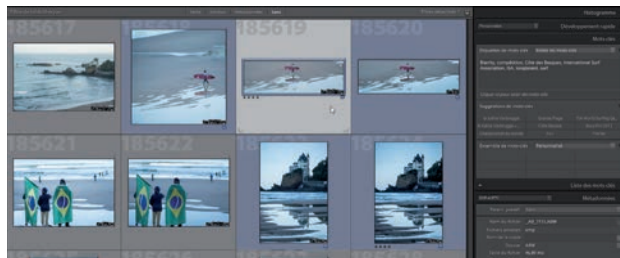
- soit la photo utilisée par la partie poursuivie pour contrefaçon l'a été SANS les métadonnées, et l'on peut alors tirer argument de ce que seul le photographe qui en est l'auteur dispose de ces métadonnées, notamment pour démontrer que la photo a bien été prise avec son appareil ;
- soit la photo qui a été utilisée par la partie poursuivie se présentait encore AVEC les métadonnées, et l'on peut alors en tirer argument pour démontrer que l'identité du photographe était aussi facilement accessible (v. l'argumentation et la manipulation suggérées *infra*).

## B - Prouver la qualité d'auteur à l'aide d'autres photographies prises le même jour

Il est assez rare qu'un photographe ne prenne qu'une seule photographie, isolée, et que précisément celle-ci fasse ensuite l'objet d'une contrefaçon. Dans la grande majorité des cas, surtout lorsqu'il s'agit de photographes professionnels, la photo fait partie d'une série et d'essais divers, présentant des cadrages et paramètres de prises de vue différents. La première chose à suggérer au photographe sera donc de fournir à son conseil, sous forme de « planche contact » une capture d'écran de toutes les photographies prises à ce moment, en entourant la photo litigieuse sur sa capture d'écran.

Si possible, le photographe effectuera cette capture d'écran :

- soit dans son logiciel de post-traitement permettant de voir la vignette concernée comme ci-dessous, où le pointeur de la souris désigne la photo concernée.



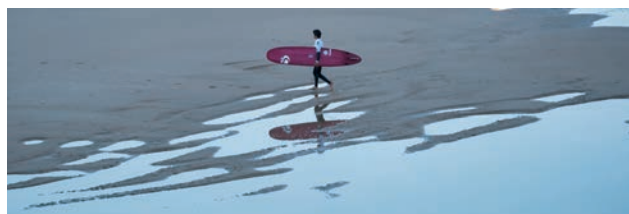
- soit dans l'explorateur de fichiers de son ordinateur, pour autant alors que son système d'exploitation permette d'afficher les vignettes, ce qui n'est parfois possible avec les fichiers RAW que moyennant l'ajout d'un petit utilitaire décodant les informations du constructeur de l'appareil. Si, sur l'ordinateur du conseil, le fichier RAW ne peut pas être visualisé, il devra alors demander à son client de lui indiquer l'utilitaire adapté en fonction du système d'exploitation (Mac ou PC) et de la marque de son appareil si le conseil entend faire lui-même les captures d'écran.

Dans le même ordre d'idées, si le photographe n'était pas seul le jour de la prise de vue, il est très possible qu'il ait lui-même été photographié en pleine action par l'un de ses collègues/amis. N'hésitez pas à utiliser aussi ces photos du « Making of » pour démontrer la présence du photographe sur les lieux en y ajoutant si besoin l'une ou l'autre publication qui aurait été faite sur un réseau social, par le photographe et/ou ses amis. Dans ce post publié par mes soins et partagé par l'auteur de la photo, je tiens bien sûr en main l'appareil et l'objectif dont la marque et les modèles figuraient dans les métadonnées reproduites en début d'article [légende de la photo ?]



Mais prouver que le photographe était sur place ne prouve pas qu'il est bien l'auteur de la photo en litige.

## C - Prouver la qualité d'auteur à l'aide du post-traitement

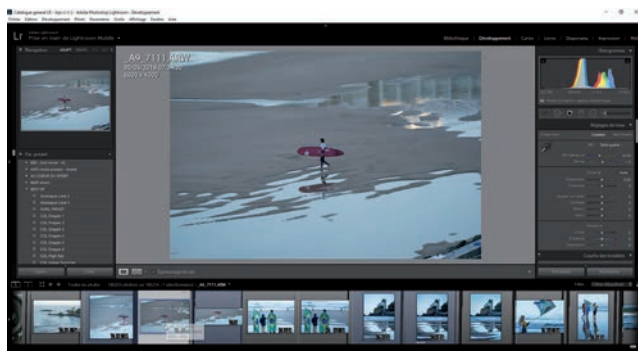


- Je retrouve ensuite ma photographie, utilisée par un tiers qui prétend en être l'auteur.

- Je peux alors lui poser les questions suivantes :
  - s'agit-il d'un panoramique par assemblage (c'est-à-dire de la fusion de plusieurs photographies horizontales ou verticales assemblées ensuite à l'aide d'un logiciel) ou bien d'un recadrage d'une photographie prise à l'origine dans un format plus classique ?
  - l'utilisateur qui se prétend l'auteur est-il capable, selon la réponse qu'il donne à la première question, de me transmettre soit les fichiers sources (les photos assemblées) ou la photographie avant recadrage (qui, dans mon exemple, se présentait comme ceci) ?



Et bien entendu, il ne faut jamais transmettre le fichier RAW ou la photo dans son cadrage d'origine avant l'introduction d'une procédure. Tout au plus peut-on faire tout simplement une capture d'écran pour démontrer que l'on est bien en possession du fichier RAW, par exemple en l'ouvrant dans le logiciel de post-traitement. Attention aussi au fait que les fichiers RAW, lorsqu'ils sont transmis dans le cadre d'une procédure, dépassent de très loin le poids des 4 Mo autorisé par le RPVA. Il ne faut donc pas hésiter à anticiper en gravant le fichier sur un DVD ou en le copiant sur une clé USB, qui nécessitera alors une communication par la voie du Palais. À titre d'exemple, les fichiers issus du boîtier utilisé dans mon exemple font près de 50 Mo par photo, et il y a bien plus lourd encore.



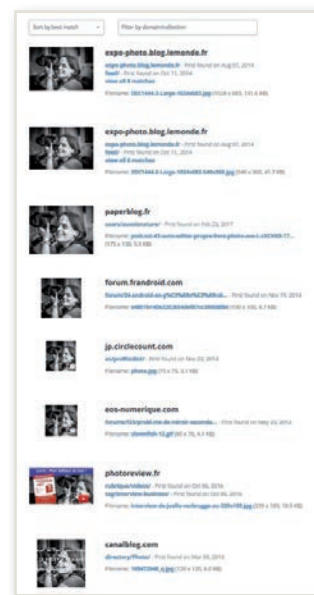
### III - RECHERCHE DE L'ÉTENDUE D'UNE CONTREFAÇON

#### A - Les différentes utilisations de la photographie

Le code de la propriété intellectuelle prévoyant une rémunération proportionnelle, on peut également utiliser la technique pour rechercher et démontrer l'ampleur de l'utilisation faite par l'adversaire. Il existe en effet des moteurs de recherche dédiés

aux photographies. Le plus célèbre est Google Images, mais on peut citer également [www.tineye.com](http://www.tineye.com).

Ces moteurs de recherche ne vont plus se baser cette fois sur les métadonnées mais sur l'apparence de la photographie pour suggérer, dans l'immensité des photos publiées sur internet, celles qui sont identiques ou très semblables. On peut utiliser en guise d'exemple la photo qui figure en vignette en tête de cet article, et dont je me sers très souvent comme avatar ou que je transmets en guise d'illustration pour des interviews ou articles consacrés à certains de mes ouvrages. Je suis ainsi certaine qu'elle apparaît (de façon légale cette fois) sur différents sites, dont les adresses



doivent alors remonter dans ma recherche. Dans les deux cas je vais uploader la photo à partir du fichier qui se trouve dans mon ordinateur, et demander à Tineye ou à Google Image de me chercher des résultats identiques.

Pour faire la recherche dans Google, il vous suffit d'entrer dans cette partie du moteur de recherche accessible en haut à droite du site [Google.com](http://Google.com) ou [.fr](http://.fr)



Et à cet endroit, en cliquant sur l'appareil photo qui est dans le champ de recherche, on peut uploader la photo qui se trouve sur son ordinateur, puis lancer la recherche qui aboutit sur six pages de résultats (dont certains, pour le moins farfelus, où la photo figure bien mais sans rapport avec l'article illustré). Cette technique de recherche, lorsqu'il s'agit de portrait, peut également servir dans des dossiers de droit à l'image. La procédure est identique sur Tineye.com. Les résultats peuvent être très variables selon celui des deux moteurs de recherche utilisés. Il ne faut donc pas hésiter à cumuler les deux démarches.

Malheureusement, ces moteurs de recherche ne scannent pas les réseaux sociaux, mais uniquement les sites ou blogs.

Cette méthode de recherche doit donc de toute façon toujours être doublée d'une recherche manuelle. Si, par



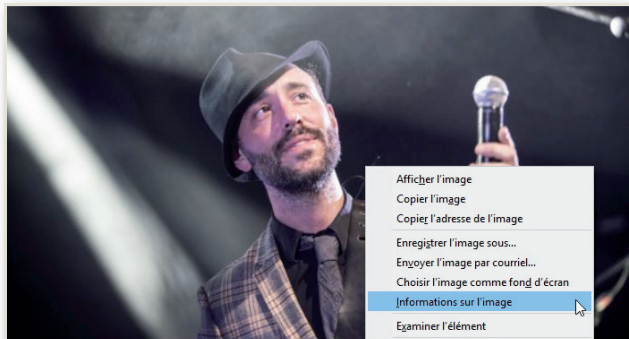
# Textes décryptage

exemple, la photographie litigieuse a été utilisée par une société fabricant des vêtements, il faut vérifier que la photo (seule ou sur le vêtement qui a été fabriqué) ne figure pas aussi :

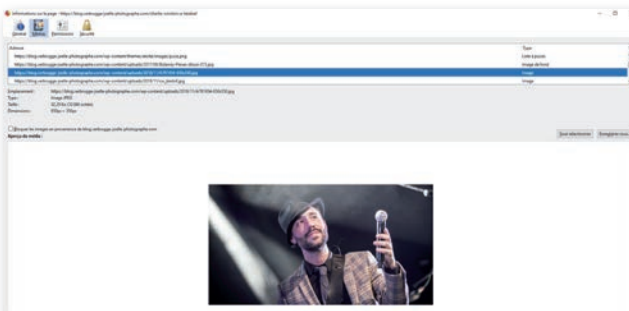
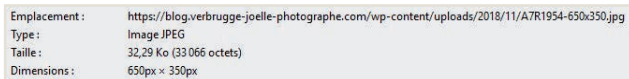
- sur les pages des réseaux sociaux de l'adversaire ;
- dans la boutique en ligne du fabricant de vêtements ;
- sur différents sites de vente en ligne (Amazon, C-Discount, etc.).

## B - Le format de la photographie (en pixels)

Enfin, au moment de chiffrer le préjudice du photographe, la taille de la reproduction illégale aura également une importance. Il est donc très utile de constater (et de faire constater par l'huissier) la taille dans laquelle la photo s'affiche sur le site exploré.



Pour cela, la solution la plus simple, une fois affichée la photo sur le site à constater, est un clic droit sur la photo puis « Informations sur l'image » (ici sur Mozilla/Firefox). Ceci va ouvrir une fenêtre affichant les détails et notamment la taille en pixels de la photo utilisée.

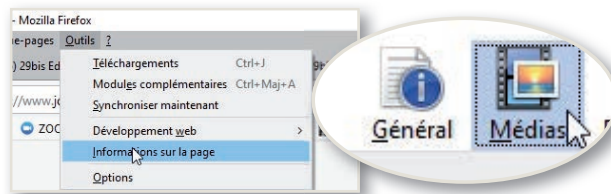


Il peut arriver également que l'adversaire, tout en utilisant une photo sur laquelle il ne disposait pas de droits de reproduction, ait lui-même – c'est un comble ! – empêché le clic droit qui permet d'aboutir simplement à ces informations en affichant en outre un message indiquant que la photo est protégée par le droit d'auteur.



Ceci n'empêche toutefois pas d'en savoir plus, et pour obtenir les mêmes détails, toujours dans le navigateur Mozilla qui est à cet égard le plus efficace, il suffit, à partir de la page où la photo apparaît,

de passer par le menu Outils/Informations sur la page et ensuite « Médias » en haut à gauche de la fenêtre qui s'ouvrira. En retrouvant ensuite, dans la liste des médias qui s'affichent, la photo litigieuse, les mêmes informations pourront être affichées.



Les formats sur les réseaux sociaux sont, en revanche, standardisés et varient au fil du temps.

Mais il est utile également de faire constater, le cas échéant, qu'une photographie utilisée par exemple en grand format (bandeau sur un page Facebook ou grand format sur un site) est en réalité de très mauvaise qualité, car réalisée à partir d'un visuel de départ qui était d'un format plus réduit, ce qui a pour effet de pixelliser l'image. Une telle pixellisation constitue une atteinte à son intégrité, et donc une atteinte au droit moral du photographe au respect de l'intégrité de son œuvre.

## IV - RÉPONSE AUX ARGUMENTS DE L'ADVERSAIRE

Enfin, revenons sur deux arguments fréquemment plaidés par les parties poursuivies.

### A - « Le nom du photographe n'était pas sur la photo, je ne pouvais pas le retrouver »

Il est fréquent que les parties poursuivies pour contrefaçon tentent d'invoquer l'absence de nom du photographe sur la photo. Outre le fait que leur prétendue « bonne foi » est, de jurisprudence, totalement inopérante, il est souvent possible de leur répondre que le nom du photographe se trouvait encore dans les champs IPTC du fichier utilisé (sauf s'il a transité à un moment ou l'autre par un réseau social). Si votre huissier a pu le constater, vous disposerez alors d'une réponse d'une redoutable efficacité.

### B - « Je n'ai pas retrouvé l'auteur de la photo malgré mes recherches »

L'utilisateur poursuivi, surtout s'il est lui-même professionnel, est informé des obligations qui pèsent sur lui. Mais il est utile de faire, à sa place, une recherche inversée sur Google Images ou Tineye.com et, si celle-ci amène rapidement à la source de la photographie, c'est-à-dire le site ou le blog en question, de faire constater également que la recherche était simple et parfaitement à sa portée.

\*\*\*

Ces quelques connaissances techniques devraient ainsi permettre d'appréhender de façon plus efficace encore les dossiers de contrefaçon de photographie, et contribuer, indirectement, à former également les magistrats des juridictions que la loi nous désigne.

J. V.

# Droit de l'audiovisuel

(Juillet 2018 - Juillet 2019)

L'année a été marquée par l'adoption de plusieurs textes qui apportent des modifications sensibles au droit de l'audiovisuel. Il est vrai que le phénomène de convergence entre les services en ligne et les services de communication audiovisuelle entraîne progressivement l'inclusion des premiers dans le périmètre des obligations qui s'imposent aux seconds. La récente directive européenne du 14 novembre 2018 confirme ce phénomène. Des décisions juridictionnelles importantes doivent également être signalées. Soit parce qu'elles posent des principes nouveaux comme ceux applicables en matière de révocation des dirigeants de chaînes publiques, soit parce qu'elles contribuent à garantir la liberté de communication des pensées et des opinions.

## I – LES TEXTES ESSENTIELS

Trois textes doivent être signalés. La directive (UE) 2018/1808 du 14 novembre 2018, dans la mesure où elle étend le périmètre de la communication audiovisuelle, la loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre les fausses nouvelles (infox) au titre de son volet audiovisuel et, enfin, la réforme de la chronologie des médias qui a donné lieu à l'arrêté d'extension du 25 janvier 2019.

### A – La révision de la directive SMA

La directive 89/552/CEE « Télévision sans frontière »<sup>1</sup> a été modifiée substantiellement en 2007, notamment pour intégrer à son cadre juridique les services de médias audiovisuels à la demande et prendre en compte le développement du visionnage délinéarisé de programmes par le public<sup>2</sup>. L'ensemble a été codifié dans la directive 2010/13/UE « Services de médias audiovisuels » (SMA) adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 10 mars 2010.

Depuis cette date, le marché des services de médias audiovisuels a poursuivi son évolution marquée par le rapprochement des services de télévision et des services accessibles par internet. La récente **directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018** est intervenue pour adapter la directive SMA à son nouvel environnement<sup>3</sup>.

#### 1 - L'extension de la réglementation aux plateformes de vidéos et aux médias sociaux

On retiendra surtout de cette directive qu'elle inclut désormais dans son régime les « services de plateformes de partage de vidéo »<sup>4</sup> tels que YouTube ou Dailymotion et tous les « services



**Grégoire Weigel**  
Avocat au Barreau  
de Paris - SCP Lyon -  
Caen & Thiriez

de médias sociaux » dès lors que « la fourniture de programmes et de vidéos créées par l'utilisateur en constitue une fonctionnalité essentielle »<sup>5</sup>.

Le droit européen s'est attaché à réglementer ces services après avoir établi un triple constat. D'abord, il admet de manière pragmatique que les plateformes et les réseaux sociaux fournissent des contenus audiovisuels qui sont de plus en plus consultés par le grand public. Ils contribuent ainsi à façonner et à influencer l'opinion. En d'autres termes, ils accèdent au rang de « média de masse », c'est-à-dire qu'ils sont destinés à être reçus par une part importante de la population et sont donc susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste<sup>6</sup>.

Par suite, et c'est la justification profonde, c'est en raison de « l'influence considérable »<sup>7</sup> de ces moyens de communication qu'un encadrement juridique s'avère nécessaire.

Ensuite, la directive de 2018 tient compte de la variété des contenus disponibles sur les plateformes et les médias sociaux de sorte que rien ne s'oppose à reconnaître qu'ils contribuent, eux aussi, à l'information, au divertissement et à l'éducation du grand public. Certes, cette approche est discutable pour certains contenus mais il suffit, pour se convaincre de son bien-fondé, de constater le grand nombre de conférences et de cours disponibles en ligne sur les plateformes de partage de vidéos.

Enfin, de manière peut être un peu anticipée, le texte considère que l'extension de son champ d'application s'impose d'autant plus que les services de médias sociaux et les services de médias audiovisuels se partagent le même public et les mêmes recettes<sup>8</sup>.

#### 2 - Le cadre juridique applicable

La réglementation propre aux plateformes de partage de vidéos fait l'objet d'un chapitre IX *bis* inséré dans la directive SMA.

1. Dir. 89/552/CEE du Conseil du 3 oct. 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relative à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

2. Dir. 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2007.

3. C. Chadaillac, Révision de la directive Service de médias audiovisuels : la régulation des médias à l'ère des nouveaux usages numériques, LÉGIPRESSE n° 368, févr. 2019, p. 109.

4. Art. 1<sup>er</sup>, § 1, pt a *bis*) de la directive.

5. Consid. n° 5.

6. Consid. n° 21 de la dir. 2007/65/CE SMA.

7. Cons. const. 27 juill. 1982, n° 82-141 DC, consid. n° 5.

8. Consid. n° 4 de la dir. (UE) 2018/1808.

L'opérateur de plateforme de partage de vidéos sera soumis aux dispositions de la directive dès lors que l'entreprise mère, la filiale ou une autre entreprise du groupe dont il fait partie est établie sur le territoire d'un État membre<sup>9</sup>.

Si cette condition de rattachement est remplie, la plateforme relèvera des dispositions de l'article 3 (cas dans lesquels la limitation à la liberté de réception des contenus est admise) et des articles 12 à 15 (restriction d'accès pour les mineurs, promotion des œuvres européennes et régime d'accès aux événements d'importance majeure) de la directive SMA<sup>10</sup>.

L'article 28 *ter* de la directive de 2018 étend la protection des mineurs et du grand public en prescrivant aux États membres de les protéger, par « des mesures appropriées »<sup>11</sup>, des contenus susceptibles de nuire à leur épanouissement, des contenus comportant une incitation à la violence ou à la haine ou des contenus dont la diffusion constitue une infraction pénale (pédopornographie notamment).

Les règles en matière de publicité s'imposent également aux plateformes de partage de vidéos afin d'informer le public de la nature commerciale du message. La directive entrera en vigueur, au plus tard, le 19 septembre 2020.

## B – Le volet audiovisuel de la loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information

La loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 contient un titre II qui modifie certaines dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication<sup>12</sup>.

Sont concernées les chaînes de radio et de télévision qui sont distribuées par des réseaux qui n'utilisent pas de fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). Il s'agit des chaînes accessibles par satellite ou qui sont reprises par un distributeur de services par câble, ADSL ou fibre optique.

Le législateur a confié au CSA de nouvelles prérogatives à l'égard des chaînes contrôlées « par un État étranger ou placées sous l'influence de cet État » au motif que ces chaînes pourraient porter atteinte au fonctionnement des institutions, notamment par la diffusion de fausses informations. Pour tout dire, c'est la Russie qui est visée et la chaîne RT (Russia Today) qu'elle finance.

Il ne faut pas nier que ce risque existe. La rumeur apparue entre les deux tours de l'élection présidentielle de 2017 faisant état d'un soi-disant compte bancaire détenu par Emmanuel Macron aux Bahamas peut apparaître comme le résultat d'une opération de déstabilisation.

9. Consid. n° 44 et art. 28 *bis*, §§ 2 à 4.

10. Art. 28, § 5.

11. Selon les cas envisagés, l'art. 28 *ter*, § 3 présente une liste de ces mesures.

12. Pour une analyse détaillée du texte, E. Dreyer, Fausse bonne nouvelle : la loi du 22 décembre 2018 relative à la manipulation de l'information est parue, *Légipresse* n° 367, janv. 2019, p. 19.

Pour autant, il nous semble que cela ne justifiait nullement l'adoption d'une loi de circonstance, redondante avec le cadre juridique existant et, au surplus, très difficile à appliquer.

## 1 - Le refus de conventionnement

L'article 33-1, I, de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que, préalablement à leur distribution, les chaînes concernées concluent avec le CSA une convention définissant leurs obligations particulières.

Cette disposition a été complétée par l'article 5 de la loi du 22 décembre 2018. Il est proclamé que le CSA peut opposer son refus au conventionnement d'une chaîne sous influence étrangère, soit parce que sa diffusion comporte un risque grave d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, soit parce qu'en raison de sa nature même, la diffusion de la chaîne constituerait une violation des lois en vigueur.

On se limitera à rappeler que le CSA disposait déjà, au regard de l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, de la possibilité de rejeter une demande de conventionnement<sup>13</sup>. Dans l'autre hypothèse, lorsque, par nature, le service offre des contenus qui vont à l'encontre des principes posés par la loi, il est bien évident que le CSA a toujours été en mesure de refuser de conclure une convention<sup>14</sup>. La loi n'apporte donc rien de substantiellement nouveau.

## 2 - La suspension de la diffusion en période électorale

L'article 6 de la loi de 2018 crée un nouvel article 33-1-I qui permet au CSA d'exercer son pouvoir de suspension de la chaîne sous influence étrangère dès lors qu'elle diffuse « de façon déléguée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin ».

Toutefois, compte tenu de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel<sup>15</sup>, il faut comprendre que les « fausses informations » en question ne recouvrent « ni les opinions, ni les parodies, ni les inexactitudes partielles ou les simples exagérations » et qu'elles sont celles « dont il est possible de démontrer la fausseté de manière objective ». Compte tenu de ces précisions, il apparaît que la « fausse information » est celle qui s'impose d'évidence comme telle.

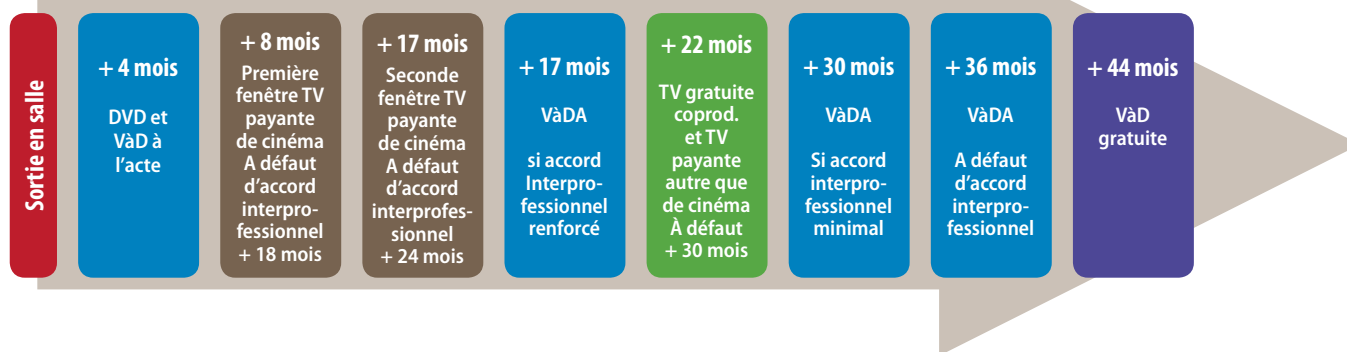
C'est d'autant plus vrai que le Conseil constitutionnel a encore indiqué que le caractère inexact ou trompeur de la fausse information doit être « manifeste » pour justifier la mesure de suspension de la diffusion. Le risque d'altération de la sincérité du scrutin doit lui aussi être « manifeste ».

13. En raison des liens étroits entre la société Medya TV et le PKK, il a été jugé que le CSA était fondé à rejeter la demande de conventionnement présentée par la société, CE 11 févr. 2004, n° 249175, *Sté Medya TV*.

14. S'agissant du programme « *Deovino* » intégralement consacré au vin et à la viticulture pour en présenter les mérites et les attraits, il appartenait au CSA de refuser le conventionnement dès lors que la chaîne portait atteinte aux objectifs de protection de la santé publique, CE 11 juill. 2012.

15. Cons. const. 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, § 51.

## Présentation chronologique des médias



Par conséquent, on peut penser que si la fausse information susceptible de nuire au processus électoral est celle qui se présente sous les traits d'une évidence manifeste, le grand public devait être capable de l'identifier sans que le CSA suspende la diffusion de la chaîne. Et la chaîne aurait été perçue pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un vulgaire canal de propagande grossière.

Mais plutôt que de faire confiance à l'esprit critique du public, le législateur a préféré l'intervention du CSA et du juge. Ce faisant, il prend le risque d'exposer davantage la fausse information puisque les médias relayeront nécessairement l'information (vraie) de la suspension d'une chaîne en pleine période électorale. Par ailleurs, une mesure aussi radicale ne manquera pas d'accréditer l'idée funeste selon laquelle cette information n'était peut-être pas si fausse puisqu'on veut la taire.

### 3 - La résiliation de la convention

Le nouvel article 42-6, inséré dans la loi de 1986 par l'article 8 de la loi de 2018, dispose que la résiliation peut être décidée par le CSA, après mise en demeure, lorsque l'éditeur placé sous l'influence d'un État étranger aura porté atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation par la diffusion de fausses informations.

Pour apprécier cette atteinte, le législateur indique que le CSA peut tenir compte des contenus que les filiales de la personne morale qui contrôle l'éditeur mettent en ligne, sans toutefois pouvoir fonder sa décision sur ces seuls éléments.

Cette disposition laisse songeur. Elle heurte le principe juridique selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait, tout en étant bien peu opérationnelle puisqu'elle n'offre pas de fondement juridique suffisant.

Au terme d'une analyse très constructive, le Conseil constitutionnel a cependant retenu que le principe pénal invoqué pouvait connaître des aménagements et qu'en l'espèce, le législateur faisait référence à la méthode du faisceau d'indices pour identifier entre les filiales détenues par la société qui contrôle l'éditeur une communauté d'intérêts et une action concertée<sup>16</sup>.

Autant d'efforts n'étaient peut-être pas nécessaires puisque l'article 42-1, 4°, de la loi de 1986 permettait déjà au CSA de résilier une convention.

<sup>16</sup>. Cons. const. 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, préc., §§ 68-72.

### C – L'arrêté du 25 janvier 2019 relatif à la chronologie des médias

Conformément à l'article L. 234-1 du code du cinéma et de l'image animée, l'accord pour le réaménagement de la chronologie des médias du 6 septembre 2018 et son avenant du 21 décembre 2018 ont été rendus obligatoires par l'arrêté du 25 janvier 2019.

Les changements apportés au précédent dispositif qui datait de juillet 2009 restent cependant limités et, comme c'est l'usage dans ce domaine, relativement complexes<sup>17</sup>.

Rappelons d'abord que la chronologie des médias, qui met en place des séquences d'exploitation selon les supports et les services pour garantir aux producteurs le meilleur retour sur investissement possible, ne s'applique qu'à l'égard des films de cinéma sortis en salle<sup>18</sup>. En application de ce principe, lorsqu'une séquence d'exploitation s'ouvre pour une période donnée, la précédente se referme.

Cette règle est cependant aménagée par la réforme de 2019 en ce qui concerne la vidéo à la demande à l'acte (VàD). Les films à l'acte continueront d'être disponibles au-delà du délai de 8 mois afin de stimuler une forme de concurrence avec l'offre de la télévision payante de cinéma (Canal+, Ciné+, OCS).

La nouvelle chronologie des médias s'intéresse aussi à la vidéo à la demande par abonnement (VàDA, Netflix, Amazon) en permettant, sous conditions, une disponibilité plus précoce des films proposés.

On peut encore retenir que le décret n° 2019-216 du 21 mars 2019 modifie la dérogation prévue à l'article D. 231-2 du code du cinéma et de l'image animée. Le seuil est désormais fixé à 100 000 entrées à l'issue de la quatrième semaine d'exploitation en salle. Dans ce cas, l'exploitation sous forme de vidéogrammes sera ramenée de quatre mois à trois mois et toutes les fenêtres d'exploitation suivantes seront avancées de plusieurs mois.

Si l'on s'en tient aux principales dispositions du texte et que l'on prend l'exemple d'un film à succès, la nouvelle chronologie des médias peut se présenter sous la forme du schéma ci-dessus.

<sup>17</sup>. M. Le Roy, Nouvelle chronologie des médias : une évolution précaire, *Légipresse* n° 369, mars 2019, p. 171.

<sup>18</sup>. Les séries à succès de Netflix ne sont donc pas concernées.

Les organisations professionnelles du cinéma et les pouvoirs publics ont ainsi tenté d'encourager les plateformes telles que Netflix ou Amazon à investir dans la production cinématographique en leur appliquant la règle selon laquelle plus le financement est important, plus le délai de diffusion après la sortie en salle est court.

Pourtant, ces services n'ont guère manifesté d'intérêt à ce stade pour soutenir le cinéma français. On peut donc penser que la fenêtre de 36 mois restera leur principal point d'accès dans la chronologie des médias.

Une évolution est cependant attendue lors de la transposition en droit interne de la directive (UE) 2018/1808 du 14 novembre 2018 (v. *supra*) puisque l'article 13 prévoit que les services de médias audiovisuels à la demande proposent au moins 30 % d'œuvres européennes dans leurs catalogues, mettent en valeur ces œuvres et contribuent à leur production.

## II – LES GRANDS ARRÊTS

L'année a été riche en décisions juridictionnelles. Trois d'entre elles méritent une attention particulière.

### A – Les suites de l'affaire Mathieu Gallet

Le lecteur assidu de cette chronique se rappelle que nous l'avions alerté sur la décision du CSA du 31 janvier 2018 par laquelle M. Gallet avait été démis de ses fonctions de président de Radio France<sup>19</sup>. Saisi d'un recours en annulation contre cette décision, le **Conseil d'État** a cependant conclu, le **14 décembre 2018**, à la légalité de cette révocation.

Sous la forme d'un considérant de principe le juge a d'abord indiqué que le mandat d'un dirigeant d'une société de l'audiovisuel public peut être retiré s'il existe des éléments de nature à « compromettre la capacité de l'intéressé à poursuivre sa mission dans des conditions garantissant le bon fonctionnement de cette société, la préservation de son indépendance et la mise en œuvre du projet pris en, compte lors de sa nomination »<sup>20</sup>. Soit. Mais ces critères pouvaient-ils être appliqués à la situation de Mathieu Gallet ? Dans sa décision, le juge n'évoque pas le risque d'atteinte à l'indépendance de Radio France ni véritablement le risque d'un échec du projet d'entreprise. Il s'appuie davantage sur le critère de la capacité du dirigeant à accomplir sa mission et sur la nécessité de garantir le bon fonctionnement de l'entreprise. Sans nous convaincre.

#### 1 - Une mission perturbée ?

Le motif de révocation était lié à l'existence d'une condamnation du dirigeant par le Tribunal correctionnel de Créteil. Toutefois, étant donné que ce jugement était frappé d'appel, la présomption d'innocence continuait de produire ses effets<sup>21</sup>.

19. Légipresse n° 362, juill.-août 2018, p. 403.

20. CE, ass., 14 déc. 2018, *M. Gallet*, n° 419443, Légipresse n° 368, févr. 2019, p. 99.

21. CEDH 24 mai 2011, *Konstas c/ Grèce*, n° 53466/07.

Pourtant, le Conseil d'État a considéré, à la suite du CSA, que « le retentissement de cette condamnation auprès de l'opinion publique » justifiait qu'il soit mis fin au mandat de M. Gallet étant donné les « répercussions sur la capacité de l'intéressé à accomplir sa mission ».

Mais, d'une part, ce retentissement n'était guère établi, notamment parce que les médias savent l'importance qui s'attache à la présomption d'innocence<sup>22</sup>. Et à supposer qu'il existe, il était du devoir du CSA d'y résister en défendant la présomption d'innocence plutôt que de céder à une prétendue *vox populi*.

D'autre part, dans le silence du CSA et du Conseil d'État, les répercussions sur la capacité du président de Radio France à accomplir sa mission sont demeurées bien mystérieuses. C'est plutôt l'inverse qui a été remarqué dans la mesure où les stations du groupe public n'ont jamais rassemblé autant d'auditeurs qu'en 2017 et que l'année 2018 a été celle du retour à l'équilibre des comptes.

La décision du Conseil d'État n'est guère plus convaincante sous l'angle de la prise en considération du bon fonctionnement de Radio France.

### 2 - Le fonctionnement de l'entreprise menacé ?

L'analyse du CSA est partiellement censurée dès lors que l'instance de régulation, censée garantir l'indépendance de l'audiovisuel public<sup>23</sup>, semblait faire de la perte de confiance des pouvoirs publics à l'égard du dirigeant un motif suffisant de révocation.

Mais le Conseil d'État en reprend cependant l'essentiel en expliquant que, dans le contexte de la réforme du secteur public de l'audiovisuel qui s'annonçait<sup>24</sup>, le CSA n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que la condamnation du dirigeant ne permettait plus de garantir « la sérénité et la disponibilité nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise ».

Pourtant, on pouvait penser que le temps consacré par M. Gallet à la préparation de sa défense en appel n'aurait pas été si différent du temps qu'il y avait déjà consacré en première instance et qui couvrait, en 2017 et 2018, la période de succès de l'entreprise. Autrement dit, le bon fonctionnement de Radio France ne semblait guère menacé.

### B – L'affaire Éric Zemmour

Le 2 février 2017 au matin, Éric Zemmour est intervenu dans la rubrique « On n'est pas forcément d'accord » diffusée au cours de la matinale de RTL pour dire tout le mal qu'il pensait du « fétichisme de la non-discrimination ». Il expliquait qu'en valorisant à outrance l'individu roi, la non-discrimination aboutissait à « désintégrer la Nation, la famille, la société ».

22. Le respect de ce principe figure d'ailleurs dans toutes les conventions que les chaînes ont signé avec le... CSA.

23. Art. 3-1 de la loi du 30 sept. 1986.

24. Laquelle n'a toujours pas commencé d'être discutée...

## 1 - L'emballement du CSA

Pour virulent qu'il soit, le propos est, somme toute, assez classique. On peut y voir, selon la formule de Freud, une dénonciation du « narcissisme des petites différences »<sup>25</sup>.

Le polémiste inscrivait son billet d'humeur dans la perspective dégagée, notamment, par Élisabeth Badinter, Alain Finkielkraut ou encore Régis Debray qui proposent de dénoncer la revendication systématique de l'altérité. Les proclamations en faveur de la non-discrimination seraient autant d'obstacles à la recherche d'une forme de transcendance qui caractérise le modèle français de société et, pour Renan, son aspiration au « plébiscite de tous les jours ».

Cette dénonciation des dérives connues de la non-discrimination a été réduite par le CSA à un « éloge de la discrimination ». Comme si la critique d'un principe signifiait mécaniquement l'adhésion à son contraire.

C'est à partir de cette analyse très frustrante que l'instance de régulation a reproché à RTL de ne pas avoir apporté de contradictions aux propos du chroniqueur et, compte tenu des propos en cause, de porter atteinte, en définitive, « aux valeurs d'intégration et de solidarité qui sont celles de la République ». Rien de moins !

La radio a donc fait l'objet d'une mise en demeure le 14 juin 2017. Saisi d'un recours en annulation, le **Conseil d'État** a fort heureusement annulé cette décision le **15 octobre 2018**<sup>26</sup>.

## 2 - L'intervention salutaire du Conseil d'État

Il a été rappelé au CSA que si les valeurs d'intégration et de solidarité ainsi que l'objectif de cohésion sociale et l'engagement d'y contribuer étaient mentionnés à l'article 2-4 de la convention de la chaîne, il convenait tout de même de ne pas perdre de vue le principe constitutionnel (supérieur) de liberté de communication des pensées et des opinions posé par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Et ce principe permet naturellement de critiquer les valeurs républicaines dont se prévalait la décision de mise en demeure du CSA.

La critique de la non-discrimination n'est pas dans l'air du temps et l'auteur de la chronique litigieuse encore moins. C'est justement pour cette raison, et dès lors que les idées présentées apportaient un contrepoint bienvenu au courant de pensée dominant, qu'il était du devoir du CSA de permettre qu'elles soient représentées.

C'est d'ailleurs le sens profond de la liberté d'expression qui, comme on le sait, « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de société démocratique »<sup>27</sup>.

25. S. Freud, *Malaise dans la civilisation*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1998.

26. CE 15 oct. 2018, *Sté RTL France Radio*, n° 417228.

27. CEDH 7 déc. 1976, *Hanyside c/ Royaume-Uni*, série A n° 24.

## C - L'affaire France Télévisions

L'organisation d'un débat télévisé entre les représentants de certaines listes de candidats aux élections européennes a permis au Conseil d'État de rappeler la portée du principe de liberté éditoriale.

### 1 - L'annulation des premières ordonnances

Par trois ordonnances du 1<sup>er</sup> avril 2019 prises sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (référé liberté), le Tribunal administratif de Paris avait enjoint à France Télévisions, soit d'inviter M. Hamon, M. Asselineau et M. Philippot au débat programmé le 4 avril 2019, soit d'organiser, avant le 23 avril 2019, une autre émission de même nature à laquelle ces derniers pourraient participer<sup>28</sup>.

Saisi en qualité de juge d'appel<sup>29</sup>, il appartenait au Conseil d'État d'examiner si les conditions d'urgence et d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale étaient réunies pour permettre d'ordonner une telle mesure. L'urgence n'était pas contestée. La liberté fondamentale invoquée (le caractère pluraliste des courants de pensée et d'opinion) non plus. L'enjeu portait donc sur l'existence ou non d'une atteinte grave et manifestement illégale justifiant des mesures de sauvegarde.

Le Conseil d'État a jugé le 4 avril 2019 que l'exercice de la liberté éditoriale de France Télévisions consistant à retenir neuf candidats sur douze, étant entendu que les trois qui étaient écartés auraient accès, par la suite, à d'autres débats ou émissions, n'a pas porté d'atteinte au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensées et d'opinion<sup>30</sup>.

Fort logiquement, il en a déduit qu'aucune mesure ne pouvait être prescrite par le juge. Les ordonnances critiquées ont donc été annulées.

### 2 - La portée de la liberté éditoriale

La conciliation de la liberté éditoriale avec le principe de pluralisme permet aux éditeurs de choisir les débatteurs invités à s'exprimer dans ce type d'émission sous réserve que les autres ne soient pas exclus de l'antenne. En définitive, c'est au CSA de s'assurer que, durant la période couverte par sa recommandation, les représentants des différentes listes en présence auront pu s'exprimer. Autrement dit, l'influence du discours politique à la radio et à la télévision ne se mesure pas au cours d'une seule émission mais sur une période plus longue, déterminée par le CSA.

La solution retenue par le Conseil d'État confirme l'orientation qui avait été donnée dans cette matière par l'ordonnance du 24 février 2001 rendue à l'occasion de la couverture médiatique

28. E. Derieux, Revendication d'un droit de participation de diverses formations politiques à un débat télévisé, *Légipresse* n° 371, mai 2019, p. 296.

29. En application de l'art. L. 523-1 du CJA.

30. CE, réf., 4 avr. 2019, *France Télévisions*, n° 429370.

# Synthèse

de l'élection municipale à Paris. Le président Labetoulle avait en effet indiqué, dans un souci de pédagogie, qu'« il est indispensable que le projet de "duel" entre M. Delanoë et M. Seguin soit assorti de la part de Canal+ des propositions les plus propres à assurer un traitement équitable entre candidats ; qu'il incombe au Conseil supérieur de l'audiovisuel de contribuer dans le respect de ses pouvoirs à ce qu'il en soit ainsi »<sup>31</sup>. La chaîne avait alors invité M. Tiberi, candidat à sa réélection, à répondre le lendemain du débat aux questions d'un journaliste afin de garantir l'équité entre les candidats et contribuer à éclairer le public intéressé.

Dans notre affaire, France Télévisions a semblé craindre la confirmation des ordonnances attaquées et a décidé, malgré tout, d'inviter les douze candidats sur son plateau. La décision du Conseil d'État étant intervenue trop tard pour reprendre l'organisation de la soirée (décor, équipes) et décommander les trois personnalités concernées, le débat a finalement eu lieu au grand complet. Et, comme on s'y attendait, on a vu qu'il était impossible avec autant de participants. La parole, réduite à quelques minutes par candidat, se résumait à des formules lapidaires pour tenter de marquer les esprits. En aucun cas l'émission n'aura permis au public d'être éclairé avant son vote.

**G. W.**

<sup>31</sup>. CE, réf., 24 févr. 2001, *M. Tiberi*, n° 230611.



## IP/IT ET COMMUNICATION

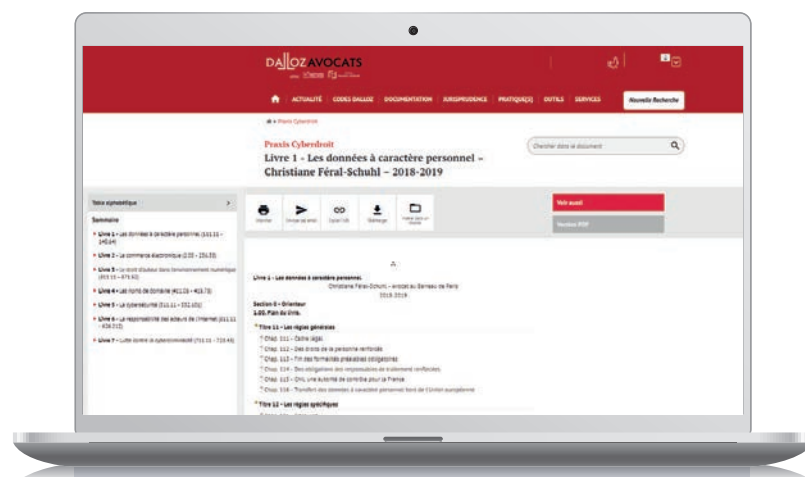
Nouvelle matière

### Consolidez vos dossiers en IP/IT et Communication

L'ensemble du droit est impacté par le droit du numérique dont l'évolution est des plus rapides. En connaître le cadre et ses applications, et en comprendre les enjeux pour les entreprises est désormais indispensable.

Pour découvrir et tester ce nouveau fonds documentaire, contactez notre service relation clients au **01 40 92 20 85** ou **serviceclient@dalloz.fr**

[www.dalloz-avocats.fr](http://www.dalloz-avocats.fr)



La 1<sup>re</sup> base documentaire entièrement consacrée :

- ◆ à la propriété intellectuelle
- ◆ au droit du numérique et de la data
- ◆ au droit de la presse et de la communication