

LA CESSION FORCÉE DES BIENS DANS L'INTÉRÊT DE LA DÉFENSE NATIONALE OU DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE

par

Olivier GOHIN

*Professeur à l'Université Paris II — Panthéon-Assas
Directeur de la Revue Droit et Défense*

La cession forcée des biens dans l'intérêt de la défense nationale ou de la sécurité publique passe par deux procédures spécifiques : l'expropriation pour cause d'utilité publique et la réquisition, étant toutefois précisé que la réquisition peut aussi concerner, à titre individuel ou collectif, les services. Dans le cas de la réquisition de services, on pourra parler de réquisition de services personnels, voire de réquisition de personnes ou encore de personne requises.

I. L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

Les biens susceptibles d'expropriation sont, en principe, les immeubles et, depuis l'ordonnance du 23 octobre 1958, les droits réels immobiliers, sous l'importante réserve, posée par le décret-loi du 30 octobre 1935, de biens mobiliers constitués par certaines inventions.

1. La cession forcée des biens immobiliers

La notion de biens immobiliers est strictement délimitée. En particulier, le recours à la procédure d'expropriation est impossible pour créer des servitudes immobilières dans l'intérêt de la défense nationale ou de la sécurité publique, sauf le recours à une législation spéciale à cet effet, justifiée, sous le contrôle éventuel du juge compétent, par les considérations d'intérêt général qui doivent alors s'y attacher. La cession forcée des biens immobiliers peut suivre la procédure normale ou des procédures spéciales.

A. La procédure normale

En raison de la protection constitutionnelle et conventionnelle du droit de propriété privée, il faut des considérations d'utilité publique fortement encadrées, vérifiées et donc établies, pour que la puissance publique soit en mesure de procéder à l'expropriation. Or, l'intérêt de

la défense nationale correspond bien à l'utilité publique qui contribue à conditionner la régularité de l'opération d'expropriation portant sur un bien immobilier : en ce sens, lorsque la France appartenait encore à l'organisation militaire intégrée, était justifiée l'expropriation en vue de la construction d'un dépôt d'essence au profit de l'OTAN (CE, 13 mai 1959, *Defossey*, Rec. 306). La procédure suivie en la matière est la procédure normale d'expropriation.

B. Les procédures spéciales

Mais trois procédures spéciales dans l'intérêt de la défense nationale ou de la sécurité publique doivent être également signalées : la nationalisation des industries de fabrication d'armements, l'expropriation d'extrême urgence pour les travaux intéressant la défense nationale et l'expropriation dans l'intérêt de la sécurité publique.

● La nationalisation est une procédure spéciale de cession forcée immobilière qui dérive de la procédure normale d'expropriation comme l'établit, à l'évidence, la décision de principe du Conseil constitutionnel en date du 16 janvier 1982, fondée notamment sur l'article 17 de la Déclaration de 1789. C'est ainsi que la loi du 11 août 1936 aura autorisé, jusqu'au 31 mars 1937, la nationalisation des industries de fabrication d'armements sans que la procédure normale d'expropriation ne fût suivie : un unique décret en conseil des ministres suffisait pour déclarer l'opération d'utilité publique, pour déterminer les entreprises à exproprier, pour transférer la propriété et pour envoyer l'État en possession. De façon très dérogatoire en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité, l'atteinte alors portée par la loi à la compétence de l'autorité judiciaire pour déterminer le montant de l'indemnisation, d'ailleurs dépourvue de tout caractère juste et préalable, permettait donc à la puissance publique d'entrer en possession des entreprises concernées après verse-

ment d'une simple indemnité provisionnelle, ultérieurement complétée par un arbitrage à deux personnes fixant le montant de l'indemnité définitive.

- La procédure spéciale d'expropriation d'extrême urgence est prévue depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 et prescrite, en droit positif, aux articles L. 15-6 et suivants du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, en ce qui concerne les travaux intéressant la défense nationale principalement. Le but poursuivi par cette procédure spéciale est d'autoriser la prise de possession très rapide de l'immeuble par l'expropriant, après la déclaration d'utilité publique des travaux.

Dès lors, l'autorisation de prise de possession est donnée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État, le représentant de l'État dans le département du lieu des travaux pouvant prendre, dans les vingt-quatre heures de la réception de ce décret, les arrêtés nécessaires en vue de la réalisation des travaux, sur le fondement de la loi du 29 décembre 1892 relative à l'occupation temporaire de travaux publics. De plus, dans le mois qui suit la prise de possession, l'autorité administrative est tenue de poursuivre la procédure d'expropriation, étant précisé que, sur demande expresse des intéressés, elle fixe et consigne, sous quinzaine, une provision représentant l'indemnité d'expropriation à fixer ultérieurement. À cette indemnité qui est de droit commun peut s'ajouter, le cas échéant, une indemnité spéciale attribuée par le juge de l'expropriation aux intéressés qui justifieraient d'un préjudice causé par l'extrême urgence de la procédure suivie.

- La procédure spéciale d'expropriation dans l'intérêt de la sécurité publique est organisée par la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dans un contexte politique favorable à la prise en compte des exigences nouvelles et élargies de la sécurité publique. Il s'agit de mettre en place une procédure spéciale d'expropriation pour la prévention des risques naturels majeurs lorsque les biens exposés à certains de ces risques tels que des avalanches, des crues torrentielles ou encore des éboulements de terrain sont de nature à menacer gravement les vies humaines (en ce sens, l'intitulé du décret d'application en date du 17 octobre 1995). À cet effet, le dossier d'enquête comprend une analyse des risques encourus, notamment les circonstances dans lesquelles le phénomène naturel pourrait se produire, ainsi que l'évaluation des délais nécessaires pour l'alerte et l'évacuation des populations concernées.

Dans cette hypothèse, le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique s'applique, y compris la procédure d'extrême urgence pour les travaux intéressant la défense nationale. Toutefois, seul l'État peut avoir la qualité d'expropriant, à l'initiative des ministres chargés de la prévention des risques majeurs, de la sécurité publique et des finances. Au demeurant, l'enquête publique préalable doit permettre de vérifier qu'aucune autre mesure préventive de protection des populations concernées n'est envisageable, soit qu'elle n'existe pas, soit que sa réalisation suppose un coût financier plus élevé.

Le particularisme de cette procédure tient, pour l'essentiel, aux conditions favorables d'indemnisation des biens expropriés : l'indemnité d'expropriation ne prend pas en compte, en effet, la perte ou la réduction de valeur vénale résultant du risque naturel auquel les biens sont exposés. Il y a là l'incidence de la menace grave à l'encontre de la vie humaine qui explique et justifie le recours à cette formule de solidarité nationale trouvant son fondement constitutionnel dans l'alinéa 12 du Préambule de 1946 : « *La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant des calamités nationales* », y compris, de façon raisonnable, des événements à venir. C'est ainsi qu'a été mis en place un fonds de prévention des risques naturels majeurs abondé, selon un mécanisme simple et efficace, par un prélèvement forfaitaire sur les primes d'assurance obligatoire contre les catastrophes naturelles et géré par la Caisse centrale de réassurance.

2. La cession forcée de certaines inventions

C'est dans le même contexte de la montée aux périls caractérisant l'avant-guerre que le décret du 30 octobre 1935 précité prévoit et organise une extension à certains biens mobiliers de l'expropriation pour cause d'utilité publique : il s'agit des inventions intéressant la défense nationale qui sont objet de demandes de brevet ou de brevets.

L'expropriation de telles inventions est régie par l'article L. 613-20 du code de la propriété intellectuelle dont l'alinéa 1^{er} prescrit que « *L'Etat peut, à tout moment, par décret, exproprier, en tout ou partie, pour les besoins de la défense nationale, les inventions, objet de demandes de brevet ou de brevets* ». On observera que, depuis la loi du 11 juin 1970, l'article L. 623-22 du même code ouvre également à l'État la possibilité d'exproprier « *à tout moment, par décret, (...) en tout ou en partie pour les besoins de la défense nationale les*

obtentions végétales, objet de demandes de certificat ou de certificats » (al. 1^{er}).

Pour s'en tenir à la cession forcée, dans l'intérêt de la défense nationale, des inventions faisant l'objet de demandes de brevet, l'article R. 612-26, tel qu'il résulte du décret du 10 avril 1995, prévoit que « *des délégués du ministre chargé de la défense nationale, spécialement habilités à cet effet et dont les noms et qualités ont été portés à la connaissance du ministre chargé de la propriété industrielle par le ministre chargé de la défense nationale prennent connaissance dans les locaux de l'Institut national de la propriété industrielle des demandes de brevet déposées* » (al. 1^{er}) et que « *celles-ci leur sont présentées dans le délai de quinze jours à compter de la date de leur réception à l'Institut national de la propriété industrielle* » (al. 2). La décision d'expropriation est prise par l'État sans que, dans le dernier état du droit, le propriétaire de l'invention ne bénéficie d'aucune procédure consultative à caractère obligatoire dès lors que la consultation de la commission indépendante, prévue par l'article 4 du décret-loi du 30 octobre 1935, a été supprimée de même que le rapport conjoint des ministres chargés de la défense et de la propriété industrielle, prévu ultérieurement par l'article 45 de la loi du 2 janvier 1968.

Surtout, de façon paradoxale, la procédure d'expropriation d'une telle invention pour les besoins de la défense nationale ne prend pas en compte l'existence du secret de la défense nationale. L'articulation du secret de l'invention et de la publication de l'expropriation est ainsi sujette à discussion dans le droit de la défense (en ce sens, Fabrice Helewa, *La cession forcée des biens dans l'intérêt de la défense nationale*, thèse Paris V, 1997, dactyl., p. 265 et s.) alors même que la publicité est nécessaire pour que les droits transmissibles, attachés à la demande de brevet de l'invention expropriée, soient opposables aux tiers sans que le code de la propriété intellectuelle n'ait prévu, cependant, de formalité particulière de publicité relative à la défense nationale. Le problème ne se pose ni pour une demande de brevet non mise au secret ni pour une demande de brevet mise au secret : dans le premier cas, l'expropriation ne risque pas de porter atteinte à un secret qui n'existe pas ; dans le second cas, l'expropriation est inopposable aux tiers pour ne pas porter atteinte au secret. La seule difficulté est donc relative à l'expropriation d'une invention dont la demande de brevet n'a pas été mise au secret alors même que le ministère de la Défense ne veut pas la divulguer : en ce cas, il n'y a pas publication du transfert de

propriété, mais notification au seul propriétaire du décret d'expropriation, la mesure de publicité, telle qu'elle est ainsi prise, rendant alors l'expropriation de l'invention opposable à l'intéressé sans que, pour autant, elle le soit aux tiers.

II. LA RÉQUISITION

À bien des égards, la réquisition se présente, comme une modalité simplifiée de cession forcée des biens. Si ce droit est nettement dérogatoire, y compris à celui de l'expropriation, c'est que son origine se trouve dans de fortes considérations de puissance publique liées à la mise en œuvre de la spécificité de l'institution militaire : en effet, sur le fondement de la loi du 3 juillet 1877, la réquisition est initialement, et avant tout, le mode d'acquisition strictement réservé aux armées pour la satisfaction de leurs besoins propres et urgents en biens mobiliers, en temps de guerre.

Il faut croire, cependant, que ce régime juridique des réquisitions militaires, d'ailleurs étendu des biens mobiliers aux biens immobiliers et aux services personnels, comportait de nombreux avantages pour l'autorité administrative puisque, dans un contexte où — il est vrai — le droit français n'était pas exposé aux exigences de la normativité supérieure, tant constitutionnelle que conventionnelle, le législateur a progressivement mis en place un régime de réquisitions civiles au champ d'application d'ailleurs élargi, au-delà de la défense nationale, à d'importantes considérations de sécurité publique.

Il y a donc lieu de distinguer les réquisitions militaires des réquisitions civiles, étant précisé que la mise en œuvre de ces deux régimes juridiques relève indifféremment des autorités militaires ou civiles : si, en effet, le champ d'application de la loi de 1877 relative aux réquisitions militaires, complétée par le règlement d'administration publique du 2 août 1877, est bien réservé aux seules autorités militaires, en revanche, sur d'autres bases légales, les autorités civiles peuvent procéder à des réquisitions militaires de même qu'inversement, les autorités militaires peuvent exercer le droit de réquisition civile (CE, 31 mai 1946, *Perquel*, Rec. 155 ; 16 mars 1949, *Ferra*, Rec. 130).

1. Les éléments communs de la procédure de réquisition

Le droit des réquisitions militaires ou civiles suit une procédure unifiée par l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative à la réquisition des

biens et des services et dominée par quelques éléments communs à tous les dispositifs généraux ou spéciaux de réquisition : les formes de la réquisition, l'exécution d'office et l'indemnisation de la réquisition.

A. Les formes de la réquisition

Toute réquisition individuelle ou collective doit être écrite et signée par un ordre délivré par l'autorité compétente qui mentionne la nature et la quantité des prestations à fournir et en délivre reçu au prestataire (en matière de réquisitions militaires, loi de 1877, art. 3; en matière de réquisitions civiles, ord. du 6 janvier 1959, art. 3). De plus, la réquisition s'exerce sans tentative d'accord amiable, ce qui a toujours été le cas des réquisitions militaires et des réquisitions civiles, en cas d'urgence (CE, 28 mars 1947, *Crespin*, Rec. 142), et ce qui est aussi le cas, désormais, de toutes les réquisitions civiles, y compris celles décidées soit sous le régime de la loi de 1938, et en dehors de l'urgence, depuis sa modification par l'ordonnance du 6 janvier 1959 : réquisition civile pour la défense nationale, soit sous le régime de l'article L. 2215-1 4° du code général des collectivités territoriales issu de l'article 3 de la loi du 18 mars 2003 : réquisition civile pour la sécurité intérieure.

B. L'exécution d'office

Si l'exécution d'office des réquisitions militaires est toujours possible parce que l'article 21 de la loi du 3 juillet 1877 est ainsi rédigé : « le recouvrement des prestations est assuré, au besoin, par la force », en revanche, il en va autrement en matière de réquisitions civiles, dans le silence du texte et en présence de sanctions pénales visant à réprimer leur inexécution : l'article 31 de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre, complétée et modifiée notamment par le décret-loi du 1^{er} septembre 1939, prévoit, en effet, des peines de prison et d'amende :

— en temps de paix, les peines encourues par quiconque n'aura pas déféré à l'ordre de réquisition sont un emprisonnement d'un an et une amende de 4500 euros ou l'une de ces deux peines seulement. Et les peines encourues par quiconque se sera frauduleusement soustrait à l'exercice du droit de réquisition sont un emprisonnement d'un an et une amende de 9000 euros ou l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, chacune de ces peines pourra être doublée;

— en temps de guerre, correspondant, selon la loi de 1938, à la mobilisation ou à l'agression

manifeste contre le pays ou encore à une période de tension extérieure, l'une quelconque des infractions du temps de paix sera passible d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 16200 euros ou de l'une de ces deux peines qui pourront être portées au double en cas de récidive.

Dès lors, sauf urgence, est certainement illégale l'exécution d'office des réquisitions civiles intervenues sur le fondement de la loi de 1938 modifiée (CE Ass., 22 novembre 1946, *Mathian*, Rec. 278; JCP 1947.II.3377, concl. Célier; S. 1947.3.41, note Mestre et CE, 27 novembre 1952, *Flavigny*, Rec. 643; S. 1953. 38, concl. Letourneur).

De même, dans le cadre du nouvel article L. 2215-1-4° du code général des collectivités territoriales, « le préfet peut faire exécuter d'office les mesures prescrites par l'arrêté qu'il a édicté » en vue de la réquisition civile pour la sécurité publique (al. 3). La mise en œuvre de ce dispositif est garantie de façon particulièrement énergique, selon deux modalités juridiques :

— l'une est de droit administratif : en cas d'inexécution volontaire par la personne requise des obligations qui lui incombent en application de l'arrêté de réquisition, il appartient à l'autorité requérante de demander au président du tribunal administratif de prononcer une astreinte dans les conditions prévues aux articles L. 911-6 à L. 911-8 du code de justice administrative. Toutefois, le prononcé de l'astreinte qui n'est ni une peine ni une sanction (en ce sens, CC, 13 mars 2003, déc. N° 03-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, LPA 28 mars 2003, n° 63, p. 4-26, note Schoettl), reste à la seule appréciation du président du tribunal administratif ou du magistrat qu'il délègue à cet effet (CGCT, art. L. 2215-1-4°, al. 8), le Conseil constitutionnel ayant eu l'occasion de préciser que « l'astreinte a pour finalité de soumettre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles l'arrêté de réquisition la soumet »;

— l'autre est de droit pénal : « le refus d'exécuter les mesures prescrites par l'autorité requérante constitue un délit qui est puni de six mois d'emprisonnement et de 10000 euros d'amende » (*ibid.*, al. 9).

C. L'indemnisation de la réquisition

Le droit de la réquisition est enfin gouverné par le principe de l'égalité devant les charges publiques qui a deux conséquences majeures :

Il suppose d'abord, la répartition égale de la prestation, le cas échéant, entre tous les habitants de la localité concernée (CE, 1^{er} février

1946 et 20 février 1950, *Dame Sornin de Leyrat*, Rec. 25 et 102). C'est pourquoi, du reste, la réquisition peut être exécutée par l'intermédiaire du maire (ord. du 6 janvier 1959, art. 3, al. 1^{er} et arrêté du 30 janvier 1969, art. 8, al. 2), à charge pour lui de répartir cette prestation entre ses administrés.

Il suppose ensuite, et surtout, la compensation de la perte effective imposée au prestataire par l'indemnité de réquisition. On distinguera, à cet égard, deux dispositifs :

— l'ordonnance du 6 janvier 1959 précitée a veillé à ce que cette indemnité soit désormais complète et équitable. L'indemnité de réquisition est donc évaluée, en principe, sur la base de tarifs ou barèmes préétablis par les ministres intéressés, après avis obligatoire d'un comité consultatif, sauf évaluation directe du préjudice subi. Les quatre points suivants sont, d'ailleurs, à préciser : cette évaluation est fixée à la date de dépossession définitive ou temporaire du bien ou au premier jour de l'exécution de la prestation de services, et non plus à la date de la réquisition qui peut être bien antérieure; la question des dommages matériels causés aux biens requis est enfin traitée; en cas de réquisition d'usage ou de services, une révision peut tenir compte de la variation de prix pendant la période de réquisition; l'indemnité de réquisition d'usage d'une entreprise en activité comporte un intérêt calculé sur la valeur de l'ensemble des éléments d'actif, et non plus seulement des éléments corporels.

Au bénéfice toujours des dispositions de l'ordonnance du 6 janvier 1959, la fixation de l'indemnité est renvoyée à une commission départementale d'évaluation composée, à parité, de représentants des administrations publiques et des catégories socioprofessionnelles. Quant à son règlement, à la différence de l'indemnité d'expropriation, il est opéré après la fourniture de la prestation bien que le versement d'acomptes, et même d'intérêts moratoires, soit prévu;

— l'article L. 2215-1-4^o du code général des collectivités territoriales prévoit, quant à lui, que « la rétribution par l'Etat de la personne requise ne peut se cumuler avec une rétribution par une autre personne physique ou morale » (al. 4) et qu'elle « doit uniquement compenser les frais matériels, directs et certains résultant de l'application de l'arrêté de réquisition » (al. 5).

Par ailleurs, il est précisé :

— d'une part, que « dans le cas d'une réquisition adressée à une entreprise, lorsque la prestation requise est de même nature que celles habituellement fournies à la clientèle, le montant de la rétribution est calculé d'après le prix

commercial normal et licite de la prestation » (al. 6);

— d'autre part, que, « dans les conditions prévues par le code de justice administrative, le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut, dans les quarante-huit heures de la publication ou de la notification de l'arrêté, à la demande de la personne requise, accorder une provision représentant tout ou partie de l'indemnité précitée, lorsque l'existence et la réalité de cette indemnité ne sont pas sérieusement contestables » (al. 7).

2. Le droit des réquisitions militaires

L'autorité compétente pour décider la réquisition militaire est soit l'autorité civile, soit l'autorité militaire, étant rappelé que celle-ci est exclusivement compétente (art. 3, al. 1^{er}) pour celles des réquisitions militaires prononcées dans le cadre de la loi du 3 juillet 1877. Il s'agit des ministres ayant qualité en matière de défense nationale ou des généraux qui assurent un commandement opérationnel, étant précisé que délégation peut être donnée par eux aux fonctionnaires de l'intendance, aux officiers commandants les détachements ou encore, à titre exceptionnel et en cas de mobilisation, à certains fonctionnaires civils (loi du 3 juillet 1877, art. 4 modif. par la loi du 27 mars 1906). De plus, au combat, ce droit de réquisition militaire peut être exercé, si nécessaire, par tout chef de détachement isolé, quel que soit son grade.

Pour éviter tout détournement de pouvoir, l'exercice régulier par l'autorité compétente du droit de réquisition militaire suppose notamment que soit remplie strictement la condition de la satisfaction d'« un intérêt purement militaire » (CE, 25 juillet 1947, *Société Publications-Élysées*, Rec. 348). Deux cas de figure sont à considérer, selon qu'il y a ou non mobilisation.

A. En cas de mobilisation

En cas de « mobilisation partielle ou totale de l'armée », hypothèse à laquelle l'article 1^{er} de la loi du 3 juillet 1877, assimile également « le rassemblement des troupes », il appartient au ministre de la Défense de déterminer l'époque à partir de laquelle le droit de réquisition pourra être exercé par l'autorité militaire. L'obligation de prestations qui vise à « suppléer à l'insuffisance des moyens ordinaires d'approvisionnement de l'armée » (*ibid.*) s'étend à des objets les plus divers, à commencer par le logement, le cantonnement, la nourriture journalière, les moyens de transport de toute nature, les bateaux ou embarcations (loi de

1877, art. 5-1° à 5°, étant précisé que, dans les deux derniers cas, c'est pour une durée de 24 heures au maximum). Toutefois, la liste fixée par la loi du 3 juillet 1877 modifiée par la loi du 21 janvier 1935 et le décret-loi du 6 mai 1939 n'est pas limitative puisque la réquisition militaire peut s'étendre à « *tous les autres objets, matières et services dont la fourniture est nécessitée par l'intérêt militaire* » (ibid., 11°). La réquisition, en 1914, des taxis parisiens par le général Gallieni, au moment de la bataille de la Marne, en fournit un exemple saisissant. Du reste, le champ d'application de ce droit s'étend bien au-delà de la propriété de biens mobiliers et inclut aussi, aux termes de la loi elle-même, « *les réquisitions relatives à l'emploi d'établissements industriels pour la fourniture de produits autres que ceux qui résultent de leur fabrication normale* » (loi de 1877, art. 6).

B. En dehors de la mobilisation

Le droit de réquisition militaire peut être également exercé en dehors de la mobilisation. Du reste, l'article 16 de la loi de 1877 précise que les réquisitions de logement (« *droit au feu et à la chandelle* ») sont possibles « *en toutes circonstances* » au profit des troupes. De même, la loi du 21 janvier 1935 envisage l'ouverture du droit de réquisition militaire « *lorsque les circonstances l'exigent* » (al. 1er-4°), condition qui, néanmoins, est constatée, en ce cas, par un décret pris en conseil des ministres, sur la proposition du ministre de la Guerre (CE, 5 décembre 1941, *Sellier*, Rec. 208; S. 1942.3.25, note Mestre). Mais la réquisition hors du cas de mobilisation ne peut porter que sur les cinq objets principaux mentionnés au début de l'article 5 précité de la loi du 3 juillet 1877 : le logement et le cantonnement, la nourriture journalière, les vivres et le chauffage, les moyens de transport de toute nature ainsi que les bateaux et embarcations (par ex., CE, 30 septembre 1959, *Mathey*, Rec. 482 : réquisition, hors mobilisation, d'un immeuble pour l'installation d'un mess). De plus, le décret du 25 février 1953 portant règlement sur l'administration du domaine du département de la Guerre envisage la réquisition au nombre des possibilités — avec la location et l'occupation temporaire — d'attribution de locaux à l'administration militaire « *lorsque les ressources immobilières du département de la guerre sont insuffisantes pour assurer des conditions normales de casernement de la troupe et le fonctionnement des services militaires* » (art. 7). Toutefois, il faut aussi mentionner la loi du 18 juin 1934 relative au recensement, au classement et à la

réquisition des véhicules automobiles qui vient préciser qu'il est permis « *à l'autorité militaire (...) d'acquérir, par voie de réquisition et dans les conditions générales prévues par la loi du 3 juillet 1877, les véhicules automobiles (...) nécessaires au service de l'armée* ».

3. Le droit des réquisitions civiles

Initialement, le droit de réquisition civile est fondé, pour l'essentiel, sur la loi générale du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre précitée (ou loi Daladier ou loi de 1938). Cette législation, prise en son temps pour des considérations de défense nationale, est apparue largement inadaptée de sorte que, de façon récente, la loi du 18 mars 2003 a mis en place un nouveau dispositif. Toutefois, est maintenue l'existence de dispositifs spéciaux en matière de sécurité, correctement dénommées « *réquisitions de police* » (Jean Salomon, *Les réquisitions de police*, Paris, Litec, 1960).

A. La réquisition civile pour la défense nationale

Le dispositif de la loi générale du 11 juillet 1938, particulièrement son titre II relatif à « *l'emploi des personnes et des ressources* », a été complété et modifié par deux ordonnances : — celle du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions de biens et de services, complétée par le décret du 26 mars 1962 et par les instructions du 13 novembre 1981 et du 16 septembre 1983 ; — celle du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense dont l'article 5, alinéa 2-a mentionne « *le droit de requérir les personnes, les biens et les services* » et dont le titre V est également consacré à « *l'emploi des personnes et des ressources* ».

Le dispositif de droit commun est susceptible d'être mis en œuvre dans deux hypothèses notamment : « *soit dans le cas d'agression manifeste mettant le pays dans la nécessité de pourvoir à sa défense, (...) soit en période de tension extérieure lorsque les circonstances l'exigent* » (loi du 11 juillet 1938, art. 1^{er}, al. 2). Il résulte de l'article 30 de la loi de 1938 la possibilité pour le Gouvernement de requérir les personnes, les biens et les services à la mobilisation ou dans les deux hypothèses précitées, selon un dispositif fixé au titre II de la loi dont l'application a été maintenue, au-delà de la deuxième Guerre mondiale et sans limitation de durée, par la loi du 28 février 1950.

L'état du droit n'est pas sensiblement modifié par l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions de biens et de services qui prévoit,

dans son article 1^{er}, que « la fourniture des prestations de biens et de services, nécessaires pour assurer les besoins du pays dans les cas prévus par la loi, peut être obtenue », à défaut d'accord amiable, « par la réquisition dans les conditions fixées par le titre II de la loi du 11 juillet 1938, modifié et complété ». C'est ainsi que l'article 2 de l'ordonnance ouvre la possibilité de réquisitionner « les services des entreprises et des personnes, ainsi que la propriété ou l'usage de tous les biens, à l'exception de la propriété des immeubles par nature dont l'acquisition ne peut être réalisée que par voie de cession amiable ou d'expropriation ». Pour s'en tenir à la nomenclature de l'article 3 de l'ordonnance qui distingue les réquisitions de propriété, d'usage et de services, cette réquisition est donc soit une réquisition de propriété ou d'usage, en ce qui concerne les biens mobiliers, ou d'usage exclusivement, en ce qui concerne les biens immobiliers, soit une réquisition de services exclusivement en ce qui concerne les personnes, soit une réquisition d'usage et de services, en ce qui concerne les entreprises prestataires de moyens en matériel et en personnel. Elle est opérée par un ou plusieurs décrets en conseil des ministres, complétés, le cas échéant, par des arrêtés préfectoraux individuels : c'est ainsi que les décrets des 14 et 17 janvier 1991 ont permis de procéder à la réquisition de compagnies aériennes et maritimes françaises pour mettre leurs biens et leurs personnels à la disposition des armées françaises, alors engagées dans la guerre du Golfe, en vue de satisfaire leurs besoins logistiques. On notera que la gestion des entreprises réquisitionnées s'opère selon les modalités définies par le décret du 28 novembre 1938 dont il a été jugé, à bon droit, qu'elles étaient nécessairement limitatives pour la puissance publique (CE Sect., 28 octobre 1949, *Syndicat départemental des maîtres-artisans boulangers, boulangers et pâtisseries du Gard*, Rec. 447; Dr. soc. 1950. 50, concl. J. Delvolvé).

Le régime de droit commun ainsi défini s'applique « pour les besoins du pays », selon une expression qui figurait déjà à l'article 22 de la loi de 1938 et qui a été reprise à l'article 2 de l'ordonnance de 1959, ce qui a permis d'étendre la réquisition bien au-delà des considérations touchant aux nécessités de la défense nationale dès lors que l'intérêt général était satisfait (comp., par ex., CE, 29 décembre 1944, *Dame Lamotte*, Rec. 333 et *Desvaux*, Rec. 419). Il en est ainsi notamment, dans les conditions et sous les pénalités de la loi de 1938, pour la réquisition de certains personnels des services publics en grève (CE, 24 février 1961, *Isnardon*,

Rec. 150; Dr. soc. 1961. 356, note Teitgen et p. 375, notre Savatier) encore que les préoccupations liées à la sécurité des installations ou des usagers de ces services ne soient pas complètement étrangères à la mesure forcée.

À cette hypothèse générale de l'ouverture du droit de réquisition civile sur le fondement de la loi de 1938 complétée et modifiée par l'ordonnance du 6 janvier 1959, il faut adjoindre deux autres dispositifs proches reposant sur les mêmes considérations de défense nationale au sens large, ce qui fait tout de même beaucoup et constitue ainsi une source de confusion dans un droit dont on pourrait attendre, en la matière, davantage de concision : il s'agit, d'une part, de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence dont la déclaration par décret en conseil des ministres et la prolongation par la loi, au-delà de douze jours, suffit à ouvrir, d'office, le droit à réquisition civile, encore dans les conditions et sous les pénalités de la loi du 11 juillet 1938 complétée et modifiée (art. 10), et, d'autre part, de l'ordonnance du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense qui a trois objets différents :

— prévoir, d'abord, trois hypothèses d'activation de la défense qui sont autant d'états ou d'étapes d'un processus gradué et continu, d'ailleurs décroissant : la mobilisation devenue « générale » qui met en œuvre les mesures de défense (ord. art. 3, al. 1^{er}); la mise en garde qui prépare le recours à la mobilisation générale (*ibid.* al. 2); la menace portant sur une partie du territoire, sur un secteur de la vie nationale ou sur une fraction de la population qui correspond à une phase d'alerte ou de pré-alerte de la défense (*ibid.*, art. 6);

— organiser, ensuite, de façon différenciée, la réquisition civile des personnes, des biens et des services : la mobilisation générale et la mise en garde sont décidées par décrets pris en conseil des ministres (ord., art. 4) qui suffisent à ouvrir ce droit de réquisition civile sur le fondement de la loi du 11 juillet 1938 complétée et modifiée ou de lois spéciales (*ibid.*, art. 5, al. 2-a). En revanche, s'agissant de l'état d'alerte, en cas de menace préalablement caractérisée, il n'y a aucune automaticité : ce sont des décrets pris en conseil des ministres qui peuvent ouvrir le même droit à réquisition civile (*ibid.*, art. 6). Mais on observera qu'il n'y pas d'exemple, à ce jour, d'utilisation de ce dispositif rénové en matière de réquisition; — permettre, enfin, dans l'une ou l'autre des trois hypothèses précitées, l'élargissement du droit de réquisition civile des personnes, à titre individuel ou collectif. Cette réquisition qui s'exerce toujours « dans les conditions et sous

les pénalités de la loi du 11 juillet 1938 (...) complétée et modifiée » (ord. du 7 janvier 1959, art. 43, al. 1^{er}), concerne les hommes non appelés au titre du service militaire ou du service de défense (*ibid.*) reposant désormais, l'un et l'autre, sur le volontariat (lois des 28 octobre 1997 et 22 octobre 1999 et code du service national, art. L. 121-1). Mais, sur le fondement de la loi modificative du 21 juillet 1962, la réquisition peut également concerner le personnel féminin (ord. du 7 janvier 1959, art. 43, al. 2), sauf exceptions tenant à l'état de grossesse ou à diverses considérations d'ordre social (*ibid.*, al. 3).

B. La réquisition civile pour la sécurité intérieure

Il résulte de l'article L. 2215-1 4^o nouveau du code général des collectivités territoriales issu de l'article 3 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure qu'« *en cas d'urgence, lorsque l'atteinte au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige et que les moyens dont dispose le préfet ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police, celui-ci peut, par arrêté motivé, pour toutes les communes du département ou plusieurs ou une seule d'entre elles, réquisitionner tout bien et service, requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin* » (al. 1^{er}). Le texte précise que l'arrêté préfectoral est motivé et qu'il fixe la nature des prestations requises, la durée de la mesure de réquisition ainsi que les modalités de son application (al. 2). C'est sur la base de ce nouveau dispositif que les pouvoirs publics tentent actuellement d'encadrer l'organisation problématique des « *rave-parties* », sur fond de « *techno-music* » assourdissante, accompagnée de la diffusion de drogues rarement plus douces (pour autant que cela ait médicalement un sens).

C. Les dispositifs spéciaux en matière de sécurité publique

Parmi les dispositifs spéciaux relatifs aux réquisitions civiles, certains se rapportent directement à la sécurité publique. On peut dénombrer pas moins de quatre hypothèses en ce sens, trois de caractère organique et une de caractère fonctionnel :

— pour la gendarmerie : le décret organique du 20 mai 1903 prévoit qu'« *en cas de danger grave ou imminent* » et « *pour sauver les individus en danger* », les personnels en intervention « *peuvent requérir le service personnel des habi-*

tants », réquisition d'aide qui peut être étendue aux biens mobiliers ou immobiliers (art. 156). Il en est de même en cas d'attaques qui sont dirigées contre elle : « *si la gendarmerie est attaquée dans l'exercice de ses fonctions, elle requiert, de par la loi, l'assistance des citoyens présents à l'effet de lui prêter main-forte, tant pour repousser les attaques dirigées contre elles que pour assurer l'exécution des réquisitions et ordres dont elle est chargée* » (art. 310).

— pour la police : l'ordonnance du 1^{er} février 1961, complétée par le décret du 28 mai 1963, sur les réquisitions immobilières au profit des forces de police en déplacement pour le maintien de l'ordre prescrit que « *le ministre de l'intérieur peut décider l'ouverture du droit de réquisition de l'usage des immeubles, portions d'immeubles et installations annexes nécessaires au cantonnement de ces forces* » (al. 1^{er}). Cependant, il est précisé que, « *sauf nécessités impérieuses, motivées par des circonstances exceptionnelles et constatées par décret en conseil des ministres* », il doit s'agir d'immeubles ou portions d'immeubles inutilisés et les effets de la réquisition cessent de plein droit après 24 heures de délai au plus (al. 2) ;

— pour la douane : l'article 52 du code des douanes attribue à l'administration des douanes un droit de réquisition civile. L'alinéa 1^{er} pose le principe, en effet, que « *les administrations municipales et, à leur défaut, celles du département sont tenues, lors des réquisitions qui leur sont faites par les chefs du service des douanes, de désigner les maisons et emplacements propres à l'établissement des bureaux et au logement des agents* ». Toutefois, « *la désignation ne doit porter que sur les maisons ou emplacements qui ne sont point occupés par les propriétaires, à moins qu'il n'y ait impossibilité absolue de s'en procurer d'autres* » (al. 2) ;

— pour la sécurité publique, quelles que soient les forces civiles ou, le cas échéant, militaires qui y contribuent, par quatre textes ou ensemble de textes spécifiques ou généraux qui ouvrent le droit de réquisition civile aux autorités préfectorales ou municipales, de façon directe ou indirecte, à titre exclusif ou non :

— réquisitions de personnes et de biens prononcées par le préfet maritime ou par le préfet du département concerné pour permettre l'élimination des dangers que présentent des navires ou engins flottants (loi du 3 juillet 1985 et décret du 6 octobre 1987) ;

— réquisitions de personnes et de biens prononcées les préfets, notamment de moyens de secours privés nécessaires à la mise en place de plans de secours d'urgence tels que les

plans Orsec ou Polmar (loi du 22 juillet 1987, art. 10);

— réquisitions de biens prononcées dans le cadre de la commune pour permettre le logement et le cantonnement des réfugiés, sinistrés et personnes déplacées sur l'ordre des pouvoirs publics (arrêté du 30 janvier 1969). Le droit de réquisition civile s'exerce alors « *dans les conditions fixées par l'ordonnance du 6 janvier 1959 et le décret du 26 mars 1962 et suivant les principes de la loi du 3 juillet 1877 et du décret du 2 août 1877* » (art. 1^{er}), formulation qui renvoie aux éléments communs de la procédure de réquisition. Au titre des prestataires, les articles 8 et 9 de l'arrêté précisent que le représentant des personnes à héberger établit et transmet au maire la demande globale de logement et de cantonnement, à charge pour celui-ci de répartir les billets de logement entre tous les habitants de la commune, à l'exception des « *détenteurs de caisses publiques* »;

— réquisitions de biens prononcées par le maire sur le fondement des pouvoirs de police municipale qu'il tient de l'actuel article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales selon lequel « *le maire concourt par son pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique* » tel que précisé à l'article L. 2212-2-5° du même code en faveur des « *administrés en détresse* » (René Chapus, *Droit administratif général*, T. 2, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 843, p. 685). Sans confusion possible avec le régime particulier du logement d'office (code de l'urbanisme et de la construction, art. L. 641-1 et s. et R. 641-1 et s.), il résulte de la jurisprudence relative à cet article L. 2212-1 qu'« *en cas d'urgence et à titre exceptionnel* » (CE, 7 janvier 1957, *Époux de Lagrevol*, Rec. 14; 15 mars 1961, *Maire de Bagnolet c/ Dames Planchat et Barrat*, Tab. 961), le maire est en droit de procéder à des réquisitions de logement au profit de familles soudainement sans abri, par exemple à la suite d'un incendie, d'une inondation ou d'une expulsion (en ce dernier cas, CE, 19 octobre 1963, *Godier*, Tab. 834), ou encore, plus spécifiquement, de personnes domiciliées dans des immeubles menaçant ruine (CE, 1^{er} avril 1960, *Dame Rousseau*, Rec. 252; 13 décembre 1961,

Époux Hinker, Tab. 961) « *lorsque ce défaut de logement est de nature à apporter un trouble grave à l'ordre public* » (CE Sect., 28 avril 1961, *Commune de Cormeilles-en-Parisis*, Rec. 264; 29 décembre 1997, *Préfet du Val-de-Marne*, Rec. 505; Dr. adm. 1998, n° 58; RFDA 1998, 203).

La réquisition de logement prononcée par le maire dans le cadre de son pouvoir de police est alors régulière et le juge administratif compétent pour en connaître, le cas échéant, au contentieux (C.E., 15 février 1961, *Werquin*, Rec. 118; RDP 1961. 321, concl. Braibant et p. 1253, note Waline; AJDA 1961. 212, chr. Galabert et Gentot; JCP 1961.II.12259, note Auby; D. 1961. 611, note Weil). À défaut d'une telle intervention du maire en matière de sécurité publique, il appartient d'ailleurs au préfet, dans l'exercice de son pouvoir de tutelle, de se substituer à l'autorité défaillante (CGCT, art. L. 2215-1 et CAA, 16 juillet 1998, *Préfet de l'Ariège*, Dr. adm. 1998, n° 369, obs. M.-Y. Benjamin). Au surplus, ce dernier régime dérogatoire de réquisition civile notamment est indépendant du régime de droit commun organisé par la loi du 11 juillet 1938 précitée : ainsi le droit de réquisition civile exercé par le maire dans le cadre de son pouvoir de police ne comporte pas l'application des formalités prédéfinies par cette loi (C.E., 4 juin 1954, *Consorts Bonduel*, Tab. 884).

On ajoutera que, dans toutes les hypothèses de dispositifs spéciaux en matière de sécurité publique, ce droit dérogatoire de réquisition civile est exercé par l'autorité civile ou militaire compétente à cet effet, telle que le dispositif spécial l'identifie. Il appartient précisément à cette autorité de veiller au strict respect de l'ensemble des conditions de texte qui encadrent, dans les circonstances de l'espèce, la réquisition de police, sous le contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (par ex., en cas d'exercice du droit de réquisition civile dans le cadre de la police municipale, CE, 14 juin 1972, *Ville de Saint-Germain-en-Laye*, Tab. 998; 11 décembre 1991, *Sté d'HLM « Le logement familial du bassin parisien »*, Rec. 427; D. 1992.IR.66; Dr. adm. 1992, n° 49; RDP 1992. 1221; RFDA 1992. 147).

O. G.

DIFFAMATION ET INTERNET

par

Alexandra CABANNES

Juriste

Chercheur au Centre de droit de la défense et de la sécurité

L'« Internet » peut se définir comme le « Réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destinés à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers. Il fonctionne en utilisant un protocole commun qui permet l'acheminement de proche en proche de messages découpés en paquets indépendants » (1). Il faut ajouter que l'acheminement est fondé sur le protocole IP (Internet Protocol) spécifié par l'Internet Society (ISOC). L'accès au réseau est ouvert à tout utilisateur ayant obtenu une adresse auprès d'un organisme accrédité, la gestion étant décentralisée en réseaux interconnectés.

Comme tout moyen de communication, Internet, peut être utilisé à des fins louables mais aussi pour poursuivre des buts inavouables. Ainsi, Internet peut permettre de véhiculer à grande échelle des propos diffamatoires. L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, dite « loi de la liberté de la presse », définit la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ».

Aucun texte propre à Internet n'ayant pour le moment été adopté, il était nécessaire de déterminer le régime juridique adaptable à la diffamation sur Internet.

Dans un premier temps, une mission interministérielle sur l'Internet siégeant du 16 mars 1996 au 16 juin 1996 (2), a fait deux constats. Le premier constat porte sur le caractère spécifique et profondément novateur de l'Internet qui interdit toute transposition automatique de schémas préétablis. « L'Internet n'appartient ni au monde de la diffusion, ni à celui de la télématique; il bouscule les définitions classiques du droit de la communication fondées sur la distinction entre correspondance privée et communication audiovisuelle ». Selon le second

constat le droit actuel, assorti de quelques adaptations, permet de répondre de façon relativement satisfaisante, sur le territoire national, au souci de garanties juridiques. « Il n'y a donc pas vide juridique mais plutôt pléthore de textes de droit commun applicables à l'Internet; la priorité est donc de modifier certaines dispositions du droit positif pour les adapter aux services en ligne et de faire appliquer celui-ci ». La mission interministérielle n'a donc pas opté pour l'adoption d'une nouvelle loi pour l'Internet mais pour une adaptation de la législation existante.

Dans un second temps, le Conseil d'Etat dans son rapport sur Internet et les Réseaux estime de manière générale qu'il n'est pas nécessaire de créer un droit spécifique en la matière (3). Le juge s'est donc trouvé confronté à l'obligation de statuer en l'absence de législation particulière à Internet. Il est certain que dans ce cas, plutôt que de créer un droit *sui generis* d'origine prétorienne, les juges ont eu tendance à prendre modèle sur des régimes juridiques existants et connus et à les adapter.

Ainsi, apparaît un véritable débat de société, « celui de l'appréhension d'Internet par le droit et de ses nécessaires mutations » (4).

I. A la recherche du régime juridique applicable à la diffamation par Internet

Aucune harmonisation aussi bien nationale qu'internationale n'ayant été adoptée avec la naissance de ce nouveau mode de communication, il s'agira dans un premier temps de déterminer quelle loi peut s'appliquer à Internet (A) avant d'exposer les éléments constitutifs de l'infraction (B).

(1) Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux, 2003, p. 2007.

(2) Le texte de la mission interministérielle est consultable sur le site www.culture.fr

(3) Rapport du Conseil d'Etat pour 1998 disponible sur le site Internet de la documentation française [www.ladocumentation-francaise.fr].

(4) Emmanuel Dreyer, *Point de départ de la réflexion : la prescription sur Internet*, D. 2001, J, p.1833s.

A. Quelle loi pour Internet ?

A défaut de texte particulier, il y avait lieu de se demander si la loi du 29 juillet 1881 était applicable à ce moyen révolutionnaire de communication qu'est Internet (5).

La loi du 29 juillet 1881 dans son article 5 affirme la liberté de la presse périodique. Cette loi constitue ce que l'on pourrait appeler la « charte de la liberté de la presse en France ». Elle prévoit, dans son chapitre IV, les « crimes et délits commis par voie de presse et par tout moyen de publication ». Même si la loi de 1881 a été conçue à l'origine pour les journaux et les livres, elle a été amendée afin de prendre en compte l'évolution des moyens de communication.

D'une part, la loi du 29 juillet 1982 (6) sur la communication audiovisuelle a adapté à ce domaine d'activités la loi de 1881; principalement concernant le droit de réponse, l'exigence d'un directeur de la publication et la responsabilité en cascade. La loi du 30 septembre 1986 consacre la liberté de la communication audiovisuelle (7). Cette loi a en partie abrogé la loi de 1982 (8). L'article 2 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986 définit la communication audiovisuelle « comme toute mise à disposition du public par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée » (9).

D'autre part, le législateur ayant dû adapter le droit à l'apparition des nouveaux moyens de communication, ce sont les articles 6, 93-2 et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 qui régissent le droit de réponse ou déterminent la responsabilité pénale en matière de communication audiovisuelle. Par la suite, l'article 18-I de la

loi du 13 décembre 1985 (10) ajoute cette nouvelle forme de publication dans l'article 23 de la loi sur la presse qui vise expressément : « **tous moyens de communication audiovisuelle** ». L'article 18-II ajoute même un article 41-I à la loi de 1881 précisant que la communication audiovisuelle doit être regardée comme un mode de publication pour les infractions prévues aux paragraphes 4 et 5 du chapitre IV de la loi de 1881 (11).

Pour la doctrine, il ne fait pas de doute que la loi du 29 juillet 1881 s'applique aux informations et services des réseaux de communication publique, le régime juridique découlant de l'acte de publication (12).

En effet, c'est du caractère public ou non des messages diffusés sur Internet que dépendra l'application de la loi de 1881. Certaines activités sur le « Web » ne concernent que les relations individuelles et d'autres correspondent à un service audiovisuel. Ainsi, nous pouvons noter que le service de courrier électronique, c'est-à-dire l'envoi d'un Email, doit être assimilé à de la correspondance privée, et ne remplit pas le caractère de publicité requis pour constituer le délit.

Par contre, les « newsgroups », encore appelés forums de discussion, sont considérés comme des lieux publics virtuels. Ainsi, le tribunal de grande instance de Lyon par un jugement du 28 mai 2002 a condamné deux responsables d'un forum de discussion pour diffamation (13).

Il en est de même pour le Web qui constitue le lieu public virtuel par excellence. En effet, il est, selon l'expression de M. Basile Ader, la fonction d'Internet qui ressemble le plus à une publication au sens de la loi. Ainsi, le World Wide Web est un système hypermédia de mise à disposition de documents localisés sur les différents sites grâce à la technique de l'hypertexte qui permet de naviguer de page en page y compris sur d'autres serveurs (14).

La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 6 mai 2003 (15), a précisé quel régime

(5) Sur cette question voir, notamment : Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, LÉGIPRESSE, juin 1997, II, p. 65; Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP éd. G 1998, I, 108; Pierre Guerder, *L'application de la loi de 1881 à Internet*, Gaz. Pal. 2002, I, Doct., p. 731 (cet article est issu d'un cahier spécial droit de la presse des 12-14 mai 2002); Anne Sendra, *Adaptation ou déformation du droit de la presse*, LÉGIPRESSE, avril 2001, Doct., p. 145.

(6) Loi n° 82-652 sur la communication audiovisuelle, JORF du 30 juillet 1982.

(7) Cette loi a été modifiée par la loi du 1^{er} août 2000 qui a introduit la communication en ligne.

(8) Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 1^{er} octobre 1986, a abrogé la loi de 1982 sauf les articles 6, 73, 89, 90, 92, 93, 93-2, 93-3, 94, 95 et 96.

(9) Pour une vision détaillée de la législation voir tout spécialement l'article de Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité; Anne Sendra, *Adaptation ou déformation du droit de la presse*, précité; Pierre Guerder, *L'application de la loi de 1881 à Internet*, précité.

(10) Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985. JORF du 14 décembre 1985.

(11) Les infractions en cause sont les délits contre les chefs d'Etat ou agents diplomatiques étrangers et les publications interdites.

(12) Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP éd. G 1999, I, 108; voir aussi, Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité.

(13) Pour une critique du jugement voir la note de Jean-Philippe Hugot, *Diffamation et injures diffusées sur un forum de discussion*, LÉGIPRESSE, septembre 2002, III, p.154.

(14) Pour une vision très détaillée du sujet voir l'article de Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité.

(15) Cass. Crim. 6 mai 2003, Gaz. Pal. 20-21 août 2003, p. 2. note P. Battistini, D 2003, J, 2192, note E. Dreyer.

du droit des médias devait s'appliquer aux publications sur Internet. La Cour de Cassation a qualifié Internet de procédé de communication audiovisuelle au sens de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication (« les infractions reprochées ayant été commises par un moyen de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 »).

Dans son commentaire de la décision, M. Patrice Battistini constate que la Cour de Cassation tire comme conséquence de cette qualification que ce sont les dispositions de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle qui régissent les publications sur Internet, ce qui ferait sortir Internet tout le moins en partie du champ d'application de la loi de 1881.

Toujours selon le même auteur, Internet n'échapperait à l'application de la loi de 1881 qu'en ce qui concerne ses trois premiers chapitres répressifs, c'est-à-dire ceux relatifs à la liberté de la librairie et de l'imprimerie, à la presse périodique ainsi qu'à l'affichage, colportage et vente sur la voie publique. Mais dès lors que nous sommes en présence d'une des infractions du chapitre IV (« des crimes et délits commis par la voie de la presse et par tout moyen de publication »), le mode de communication audiovisuelle étant concerné, la loi de 1881 continue de s'appliquer.

Au-delà du débat relatif au texte applicable, l'auteur de propos diffamatoires diffusés par Internet doit être poursuivi. Aussi, il nous faut maintenant examiner les éléments constitutifs de l'infraction.

B. Les éléments constitutifs du délit de diffamation

Le délit de diffamation définit à l'article 29 de la loi de 1881 requiert, pour qu'il soit constitué :

- un caractère de publicité;
- une victime identifiée ou identifiable;
- l'imputation d'un fait précis (16).

De plus, l'intention coupable est aussi une des conditions de l'infraction. Elle constitue l'élément moral de cette infraction.

(16) Pour une étude complète de la diffamation voir, notamment, Charles Debbasch (dir.), *Droit des médias*, Dalloz 2002, p. 837s; Stéphane Hoebcke et Bernard Mouffe, *Le droit de la presse*, Académia Bruylant, 2000, p. 332s; Patrick Auvret, V° *Diffamation*, Juris-Classeur Communication, fasc. 3130 et du même auteur, V° *Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881*, Juris-Classeur Communication, fasc. 3020.

Le caractère de publicité est celui qui se révèle être le plus complexe à appliquer aux moyens de communication modernes. Ainsi, l'article 23 de la loi sur la presse dispose que : « seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans les lieux ou réunions publiques, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, « soit par tout autre moyen de communication audiovisuelle auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet ».

L'article 23 mentionne expressément « tout moyen de communication audiovisuelle »; cela permet d'insister sur les formes modernes d'expression. Ainsi, afin de savoir si un acte présente le caractère de publicité requis à l'article 23, le juge s'appuie entre autres sur la notion de communauté d'intérêts. C'est en premier lieu pour interpréter l'expression « réunion publique » mentionnée à l'article 23 que la jurisprudence a dégagé cette notion. Les critères restant flous, on peut dire qu'il s'agit d'un groupe de personnes liées par une appartenance commune, des aspirations ou des objectifs partagés formant une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçue comme des tiers par rapport à l'auteur des propos diffamatoires. La réunion est publique dans la mesure où les personnes qui s'y trouvent sont étrangères les unes aux autres.

Internet étant une infrastructure de communication qui offre divers services comme la messagerie électronique, le transfert de fichiers ou la consultation de banques de données, il est nécessaire de faire les distinctions qui s'imposent entre les différents réseaux (17).

L'objectif d'Internet consiste à mettre en communication les internautes du monde entier. L'accès aux principaux sites est ouvert sans restriction (aucun abonnement requis). Dans le cadre de la loi sur la presse, pour déterminer si le caractère de publicité exigé est rempli, le juge distingue notamment l'hypothèse dans laquelle le message est adressé à un public inconnu et imprévisible de celle dans laquelle il vise une communauté d'intérêts comme une entreprise, une association ou tout regroupe-

(17) Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, précité.

ment de droit ou de fait poursuivant un objet commun. Dans la première hypothèse, nous sommes en présence d'un délit de presse, alors que dans la seconde il manque l'élément de publicité. Ainsi, il faut noter que la notion de communauté d'intérêts n'existe pas habituellement en ce qui concerne Internet, la plupart des informations étant à la destination de n'importe quel utilisateur. Aussi, le tribunal de grande instance de Paris (18) a donc estimé que « la diffusion de propos diffamatoires sur le réseau Internet, à destination d'un nombre indéterminé de personnes nullement liées par une communauté d'intérêts, constitue un acte de publicité... ».

Par contre, dans l'hypothèse où l'on se trouve en réseau fermé (exemple : une correspondance de nature privée), le caractère public ne sera pas rempli. Ainsi, il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes physiques ou morales déterminées ou individualisées (19). Sont assimilés à des correspondances privées, les moyens comme la télécopie, le minitel, ou un répondeur automatique avec une cassette enregistrée. Aussi, la loi de 1881 ne peut concerner les messages même diffusés sur un réseau numérique, ayant le caractère de correspondances privées. Il s'agit principalement du courrier électronique, du service Email qui permet l'envoi de messages à une personne déterminée par l'intermédiaire d'une adresse électronique unique. Certes, ce courrier électronique n'est pas inviolable mais pour y accéder il faut avoir recours à des infractions informatiques assimilables au vol (20). Sont également des correspondances privées le File Transfer Protocol et les mailing lists. Dans la première hypothèse, il s'agit de transférer des informations du fichier d'un utilisateur à un autre. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'une extension du courrier électronique permettant de recevoir automatiquement des messages.

Par ailleurs, l'article 29 de la loi de 1881 soumet le délit de diffamation à l'existence d'une atteinte à l'honneur ou à la considération. Cette condition représente l'essence même de l'infraction autour de laquelle s'organise tout le régime juridique de la diffamation (21). Pour

apprécier la portée des allégations, les juges peuvent s'appuyer sur l'analyse de l'écrit ou des propos litigieux comme sur des éléments extrinsèques de nature à donner à l'expression son véritable sens (22). La Cour de cassation, quant elle, se réserve le droit de contrôler les appréciations des juges du fond. Elle exerce son contrôle sur le point de savoir si, dans le contenu du message incriminé, se retrouvent les éléments légaux de la diffamation publique tels que définis par les articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 (23).

La nature des atteintes à l'honneur ou à la considération peut prendre diverses formes. Ainsi, il y a les allégations d'infractions pénales, puis toutes les mises en cause qui visent le mode de vie, les activités professionnelles et sociales, la vie politique. Même si le droit de critique est un élément de la liberté d'expression, il ne doit pas être le prétexte à des attaques personnelles (24).

De plus, l'article 29 de la loi de 1881 prévoit que la diffamation consiste en l'allégation ou l'imputation d'un fait déterminé. Le terme allégation ou imputation étant indifférent, c'est la référence à un fait déterminé et précis qui conditionne la diffamation (25). Les imputations doivent ainsi revêtir la forme d'articulation de faits de nature à être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire (26); la simple expression d'une opinion ne pouvant constituer une diffamation. Toutefois, la Cour de cassation exercera son contrôle sur la qualification du fait déterminé.

L'infraction de diffamation, étant une infraction contre les personnes, elle suppose donc une identification suffisante de la victime. La personne visée doit être reconnaissable (27). La charge de la preuve pesant sur la personne qui s'estime victime de la diffamation, elle devra démontrer, lorsqu'elle n'est pas expressément nommée, qu'elle est identifiable par des éléments intrinsèques ou extrinsèques à la publication (28).

(18) T.G. I. Paris 30 avril 1997 Gaz. Pal. 1997, 2, somm., p. 393 note C. Rozinsky.

(19) Circulaire du 17 février 1988 prise en application de la Loi du 30 septembre 1986.

(20) Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité; Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, précité.

(21) Voir pour une vision détaillée du sujet, Patrick Auvret, *V° Diffamation*, Juris-Classeur Communication, précité.

(22) Cass, 2^e civ., 20 avril 2000 n° 98-14.549 et Cass, 2^e civ. 14 décembre 2000 n° 98-21.900.

(23) Crim. 16 octobre 2001, *Légipresse*, janvier/février 2002, n° 188, III, p. 1, note B. Ader.

(24) Patrick Auvret, *V° Diffamation*, Juris-Classeur Communication, précité.

(25) Cass, 2^e civ., 5 juillet 2001, *Légipresse*, octobre 2001, n° 185, III, p. 177.

(26) Patrick Auvret, *V° Diffamation*, Juris-Classeur Communication, précité.

(27) Pour la question des victimes personne morale ou groupe ment v. Patrick Auvret, *V° Diffamation*, précité.

(28) T.G.I. Paris 29 juin 2001, *Légipresse*, octobre 2001, n° 185, I, p. 116.

L'élément intentionnel en matière de délit de presse doit, quant à lui, résulter d'une analyse des faits de chaque cas présenté. La jurisprudence estime que la diffusion de propos ne constituant pas une correspondance privée sur le réseau Internet s'analyse comme un acte de publicité puisque ces propos s'adressent à un public inconnu et imprévisible (29). Les infractions prévues par la loi de 1881 constituant des délits intentionnels, l'intention délictueuse est donc exigée. Toutefois, la plupart des agissements impliquent par eux-mêmes l'intention délictueuse : la provocation, l'apologie de crime, les chants séditions, les offenses, les injures ou les diffamations ; la jurisprudence ne faisant la différence qu'entre les infractions pour lesquelles la mauvaise foi est présumée (cas de la diffamation) et celles pour lesquelles la preuve de l'intention coupable doit être rapportée (30).

En matière de presse, il a fallu concilier deux intérêts, celui de la liberté de la presse avec comme pendant nécessaire la répression des abus de cette liberté. Ainsi, la jurisprudence établit que la volonté de renseigner le public ne dispense pas de divulguer des faits soigneusement vérifiés (31). Le prévenu pourra toujours rapporter la preuve de sa bonne foi qui dépendra de la sincérité, de la légitimité du but, du caractère proportionnel du dommage causé à la victime par rapport au but recherché et enfin le respect d'une certaine prudence. Il pourra même démontrer que les faits réputés diffamatoires sont véridiques : il s'agit ici de « l'exception de vérité » (32).

Par ailleurs, il nous faut ici mentionner que la victime, en matière de délit de presse, bénéficie d'un droit de réponse (article 13 de la loi de 1881). Ainsi, en matière d'Internet, une première décision relative au droit de réponse a été rendue par le tribunal de grande instance de Paris (33) dans laquelle ce dernier s'est contenté d'affirmer que les règles du droit de

réponse n'étaient pas appropriées à la diffusion d'une réponse sur un site Internet (34).

II. Les aventuriers de l'application de la répression de la diffamation sur Internet

Ainsi, on peut constater que l'arrivée d'Internet pose un certain nombre de problèmes juridiques complexes, le juge se devant d'adapter les règles existantes pour en déterminer les contours applicables. Nous allons donc maintenant examiner la tâche incombant aux magistrats dans l'adaptation de la législation existante et ce plus particulièrement concernant la détermination du point de départ du délai de la prescription du délit de diffamation sur Internet (A) ainsi que la détermination de l'ordre des responsabilités (B).

A. La prescription

En application de l'article 65 de la loi de 1881, l'action en diffamation se prescrit par trois mois. En effet, l'alinéa 1^{er} de cet article dispose que « l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescriront par trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait ».

Pour l'Internet, la principale difficulté d'application de ce texte tient à la détermination du point de départ de ce délai de trois mois.

Comme le souligne fort justement M. Pierre-Yves Gautier (35), concernant tous les délits de publication en ligne, (c'est-à-dire aussi bien les infractions de presse [diffamation] que la contrefaçon de propriété intellectuelle [fichiers MP3, photographies, marques,...]), « **la donnée illicite commence par être mise en ligne sur un site, puis s'y maintient tout le temps que son auteur décide de l'y conserver, pour l'accès aux internautes** ».

La jurisprudence a longtemps laissé les victimes de diffamation sur Internet dans l'incertitude. En effet, certains magistrats ont, tout d'abord, considéré que la diffamation constituait une infraction continue alors que d'autres optaient, par la suite pour une infraction instantanée.

(29) Patrick Auvret, *V° Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881*, Juris-Classeur, fasc. 3020.

(30) Comme le note Patrick Auvret « le rapporteur Lisbonne déclarait à la Chambre des députés, lors de la discussion parlementaire : « la diffamation existe, que le fait imputé soit vrai ou faux : elle est punissable parce qu'elle suppose de la part de l'auteur de l'imputation l'intention de nuire à la personne diffamée », fasc. 3020, n° 113.

(31) TGI Paris du 14 décembre 1994, *Légipresse*, mars 1995, n°119, I, p.1.

(32) Patrick Auvret, *V° Diffamation*, précité.

(33) TGI Paris 5 juin 2002, *P. de Hohenzollern c/ Stéphane Bern*, *Légipresse*, mars n° 199, III, p. 146, note C. Rojinsky.

(34) Voir aussi l'article de Christophe Bigot, *L'exercice d'un droit de réponse et l'Internet*, *Gaz. Pal.* 2002, I, Doct., p. 734. Pour une variété de solution voir Patrick Auvret, *V° Droit de réponse dans les services de communication audiovisuelle*, *Juris-Classeur Communication*, fasc. 3115, n° 33s.

(35) Pierre-Yves Gautier, *De la prescription des infractions commises sur l'Internet... et dans le monde physique*, *D.* 2002, Chron., p. 1852s.

Rappelons en premier lieu ce que sont ces infractions :

« Le délit instantané est celui qui s'accomplit en un trait de temps, par une action de courte durée. Le délinquant le commet, après quoi ce sont seulement ses effets négatifs qui se feront sentir à court ou long terme. La durée de cette infraction n'est pas appréciable, il y a simplement persistance du dommage causé. L'acte illicite s'est achevé, le dommage commence.

Les infractions continues sont celles qui se prolongent pendant un temps plus ou moins long. Elles consistent dans un état permanent de criminalité, dans une violation successive et non interrompue de la loi pénale; le délit existe au moment où le fait incriminé est accompli, se continuant tant que l'action se continue et ne prenant fin que lorsque celle-ci vient à cesser.

L'infraction se prolonge non par la force des choses, mais parce que telle est la volonté du délinquant, qui y prend une part active » (36).

Ainsi, en matière de presse écrite, la Chambre criminelle considère que c'est le jour de la publication qui fait courir le délai de prescription et ce que l'ouvrage en cause soit encore disponible ou non (37). Par ailleurs, la Chambre criminelle a toujours considéré qu'une nouvelle édition, voire même une simple réimpression fait courir un nouveau délai (38). Il ne faut pas oublier que le délai de prescription abrégé a été instauré afin de protéger la liberté d'expression.

Aussi, par souci de clarté, nous examinerons l'évolution de la jurisprudence concernant la détermination du point de départ de la prescription du délit de diffamation.

Un premier jugement du tribunal de grande instance de Paris du 30 avril 1997 décide que le délai de prescription commence à courir le jour du premier acte de publication à savoir pour le réseau Internet à la date à laquelle le message a été mis en ligne la première fois (39). L'infraction est donc ici instantanée comme en matière de presse écrite.

Dans l'affaire *Costes*, en première instance, le tribunal a décidé le 28 janvier 1999 que « l'acte de publication demeure, dans ce moyen de

communication comme en droit commun, l'acte de mise à disposition du public des informations » (40). Ce jugement sera infirmé par un arrêt en date du 15 décembre 1999, dans lequel la Cour d'appel considère que la diffamation par le biais d'Internet est une infraction continue car elle résulte « de la volonté renouvelée de l'émetteur qui place le message sur un site, choisit de l'y maintenir ou de l'en retirer quand bon lui semble » (41). Ainsi, la prescription ne commencerait à courir qu'à partir du moment où le message diffamatoire ne serait plus accessible au public. La Cour d'appel pour justifier sa décision précise d'ailleurs que le réseau Internet « constitue un nouveau mode de communication dont les caractéristiques spécifiques obligent à adapter les principes posés par la loi sur la presse » (42).

De même, la 17^e Chambre du tribunal de grande instance de Paris dans un jugement en date du 6 décembre 2000, « Réseau Voltaire » s'est également prononcée pour l'infraction continue (43). Dans cette espèce, deux membres d'une association dénommée « Réseau Voltaire » diffusent le 24 juin 1999 auprès des adhérents de l'association, une note d'information mettant en cause Carl Lang. Par la suite ou simultanément (le jugement ne le précisant pas) le même message est repris sur le site Internet de l'association. M. Carl Lang assigne le 3 juillet 2000, les deux membres de l'association après avoir fait constater que le message est toujours disponible sur Internet. Le tribunal a adopté le raisonnement suivant : « les caractéristiques techniques spécifiques du mode de communication par le réseau Internet transforment l'acte de publication en une action inscrite dans la durée, qui résulte alors de la volonté réitérée de l'émetteur de placer un message sur un site, de l'y maintenir, de le modifier ou de l'en retirer, quand bon lui semble, et sans contraintes particulières; par voie de conséquence, le délit que cette publication ininterrompue est susceptible de constituer revêt le caractère d'une infraction successive; que la doctrine définit comme celle qui se perpétue

(36) *Ibidem*.

(37) Crim 1^{er} juillet 1953, D. 1953, J. p. 574; 13 octobre 1987 Bull. crim. n° 349; 8 janvier 1991 Bull. crim. n° 13.

(38) Crim. 2 mars 1954, Bull. Crim. n° 94; 27 avril 1982, Bull. Crim. n° 102; 8 janvier 1991 Bull. Crim. n° 13.

(39) TGI Paris 30 avril 1997, D. 1998, Somm., p. 79, obs. J.-Y. Dupeux.

(40) Stéphane Lilti, *Pas de priorité absolue pour la liberté d'expression. Analyse des jurisprudences « Réseau Voltaire » et « Yahoo »*, Expertises, mars 2001, p. 102.

(41) *Ibidem* et voir, CA Paris 15 décembre 1999, JCP éd. G 2000, II, 10281.

(42) Voir pour un commentaire de l'affaire *Costes*, l'article de Myriam Rivet, *A propos de la prescription en ligne dans l'affaire Costes*, Expertises, mai 2000, p. 149s.

(43) Emmanuel Derieux, *Les délits de presse sur l'Internet ont le caractère d'une infraction continue*, Legipresse, janvier/février 2001, III, p. 10s.; Gaz. Pal., 2001, I, J., p. 122, note B. Ader; Gaz. Pal., 2001, 2, J., p. 1054, note A. Blanchot; Stéphane Lilti, *Pas de priorité absolue pour la liberté d'expression*, précité.

par un renouvellement constant de la volonté de son auteur, et qu'elle assimile, au point de vue de son régime juridique, à l'infraction continue : le point de départ de la prescription se situe au jour où l'activité délictueuse a cessé » (44).

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 2000 (*Ministère Public c/ G. Bardin, R. Renom de la Baume*) opère un retour à la jurisprudence initiale et décide que c'est à la date de mise à disposition du public que doit se calculer le délai de prescription de trois mois. En effet, la Cour d'appel considère que « la prescription de l'action en diffamation, fixée à trois mois par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 avec pour point de départ, non le jour où les faits ont été constatés, mais le jour du premier acte de publication, est en l'espèce acquise dès lors que les pièces du dossier établissent que l'information en cause a été diffusée sur l'Internet le 22 septembre 1997 et que le premier acte de poursuite, constitué par la plainte en diffamation avec constitution de partie civile, n'est intervenue que le 12 janvier 1999 » (45).

La Cour de cassation dans un arrêt du 30 janvier 2001 (46) prend la position suivante : le délai commence à courir au jour du premier acte de publication et non à celui de la connaissance par la partie civile des propos diffamatoires. Ainsi, doit être cassé pour manque de base légale l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete qui déclare l'action publique engagée pour diffamation et injures publiques à la suite de la diffusion d'écrits sur Internet, éteinte par la prescription en énonçant seulement, par un motif insuffisant et hypothétique, « qu'il n'est nullement impossible que la publication » du message litigieux soit antérieure de plus de trois mois à la citation délivrée par la partie civile.

Enfin, deux décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation rendues respectivement les 16 octobre 2001 et 27 novembre 2001 viennent confirmer celle du 30 janvier

2001 (47). Ainsi, la jurisprudence est désormais clairement établie en ce sens qu'un délit de presse constitué au moyen d'un réseau électronique demeure une infraction instantanée. Par conséquent, le délai de prescription commence à courir à la réalisation de l'infraction, laquelle résulte du premier acte de publication. Sur le réseau Internet il s'agira de la date à « laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs » (48).

La Chambre Criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt en date du 16 octobre 2001 (49) a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel du 23 juin 2000 (ci-dessus mentionné) en considérant que : « lorsque les poursuites pour diffamation et injures publiques sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau Internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ de la prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication ; que cette date est celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau ». Certains ont vu dans cette décision « une solution libertaire et contraire au bon sens » (50), alors que d'autres une décision dont « le ton est pédagogique ». Il s'agissait d'unifier la jurisprudence, de dégager une règle claire et accessible, de rendre prévisible la solution des litiges ultérieurs » (51).

Il nous faut néanmoins remarquer en accord avec M. Pierre-Yves Gautier, qu'« en fait d'apaisement, les arrêts de la Chambre criminelle conduisent à une certaine impunité du délinquant ». En effet, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 novembre 2001 l'un des textes s'intitulait « Apprenez le caniveau aux bicots », l'autre, « les races puent »... (52).

Si la jurisprudence semble avoir résolu la question du délai de prescription de la diffamation sur Internet, reste la question de la mise en jeu de la responsabilité. Celle-ci se heurte à

(44) Selon Emmanuel Derieux malgré le caractère satisfaisant que peut revêtir cette décision elle n'en est pas pour le moins contraire à l'article 65 de la loi de 1881 (voir son article précité).

(45) Voir pour un commentaire de cet arrêt la note de Cyril Rojinsky, *Légipresse*, novembre 2000, III, p. 182s.

(46) voir entre autres : Philippe Blanchetier, *Point de départ de la prescription des délits de presse sur Internet : vers une solution libertaire et contraire au bon sens*, D 2001, Chron., p. 2056s; D. 2001, J. p. 1833, note E. Dreyer; Frédéric-Jérôme Pansier, *Prescription abrégée de la diffamation par Internet*, LPA, 3 avril 2001, p. 3s; Basile Ader, *Délits de presse en ligne : la Cour de Cassation se prononce sur l'application de la prescription de trois mois*, *Légipresse*, avril 2001, III p. 58.

(47) Voir, notamment, D. 2002, Somm., p. 2770, note Ch. Bigot; Arnaud Raynouard, *Bonne nouvelle pour les diffamateurs par voie d'Internet : leur délit se prescrit par trois mois*, LPA, 15 août 2002, p. 7s.; Pierre-Yves Gautier, *De la prescription des infractions commises sur l'Internet... et dans le monde physique*, précité.

(48) Arnaud Raynouard, *Bonne nouvelle pour les diffamateurs par voie d'Internet : leur délit se prescrit par trois mois*, précité.

(49) Voir entre autres les commentaires de Emmanuel Dreyer, *Légipresse*, décembre 2001, III, p. 205 et de Doris L'henoret-Marcellesi, *Gaz. Pal.* 2002, 2, J., p. 959.

(50) Philippe Blanchetier, *Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : vers une solution libertaire contraire au bon sens*, précité.

(51) voir la note de Emmanuel Dreyer, précitée.

(52) Ces titres sont mentionnés dans l'arrêt d'appel.

la détermination des personnes sur lesquelles elle doit peser.

B. La responsabilité en cascade

La loi du 29 juillet 1881 prévoit, en son article 42, un régime très particulier de responsabilités, dit « en cascade », qui vise a priori successivement le directeur de la publication (ou éditeur), à défaut l'auteur, qui peut être également poursuivi comme complice du directeur de publication, à défaut l'imprimeur, et enfin toujours à défaut, le vendeur, le distributeur et l'afficheur.

Quant à la loi du 29 juillet 1982, elle impose sa propre cascade de responsabilités [article 93-3 modifié par la loi du 13 décembre 1985 (53)], tout en renvoyant expressément à la loi du 29 juillet 1881 pour les infractions de presse en elles-mêmes; sont donc désignés, tour à tour, le directeur ou codirecteur de publication, à défaut l'auteur (avec toujours la possibilité de le poursuivre comme complice), et à défaut le producteur (54).

Il nous faudra donner un certain nombre de définitions avant de préciser quelle peut être la part de responsabilité de chacun des intervenants (55).

En premier lieu, l'internaute ou l'utilisateur peut être défini comme la personne qui se connecte sur un réseau en vue d'obtenir ou de diffuser des informations. C'est ici plus particulièrement que se situe la particularité d'Internet par rapport aux médias existant. Sur Internet, tout un chacun peut être un publicateur au sens de la loi. En effet, le rôle de l'internaute n'est pas simplement passif, il peut émettre des informations et à ce titre il engage sa responsabilité qui sera bien évidemment différente selon qu'il émet une correspondance privée ou participe à un forum de discussion. L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 prévoit que le directeur de la publication du service de communication audiovisuelle n'est responsable que : « lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ». Ainsi, pour une émission se

déroulant en direct (comme c'est le cas pour des propos échangés sur un forum de discussion) seul l'auteur des propos litigieux sera responsable (sauf à retenir la complicité de l'animateur pour avoir incité ou provoqué l'auteur en question à tenir ces propos). Il en sera de même pour retenir la responsabilité du simple utilisateur d'internet.

Ensuite vient, l'opérateur des télécommunications. Il est celui qui assure par contrat le transport de l'information depuis l'ordinateur de l'utilisateur au serveur du fournisseur d'accès, puis du fournisseur d'accès aux ordinateurs des sites Internet et des autres utilisateurs par le biais d'ordinateurs relais assurant des fonctions de routage. Il n'a à ce titre aucune responsabilité pénale au sens de la loi de 1881.

Le fournisseur d'accès ou fournisseur d'hébergement ne détient quant à lui qu'un rôle technique. Il propose au public un service de connexion à un réseau, spécialement Internet, et met en place des sites miroirs, voire des serveurs de proximité. Il ne fait que relayer l'information contenue dans un message. Il sert d'intermédiaire entre l'utilisateur et le fournisseur de service. Il assure par ses contrats d'abonnement la connexion entre l'utilisateur et les sites que ce dernier souhaite consulter. Il n'est pas fournisseur d'informations (56). Le fournisseur d'hébergement assure un service de stockage et de gestion du contenu permettant à un fournisseur d'informations de les rendre accessibles au public (57). La tendance actuelle est d'engager la responsabilité des fournisseurs d'accès dont on considère qu'ils ne peuvent pas se désintéresser des informations auxquels ils donnent accès (58). L'exonération de responsabilité pénale du fournisseur d'accès est envisageable à partir du moment où il pourra démontrer son incapacité à contrôler l'ensemble des messages figurant dans les « newsgroup » et qu'il n'a pu permettre la diffusion de celui-ci en pleine connaissance de cause.

Une partie de la doctrine estime que les fournisseurs d'hébergement ne devraient pas être regardés comme responsables du contenu d'informations conçues par d'autres et qu'ils se contentent d'héberger. A ce titre, un jugement du tribunal d'instance de Puteaux du 28 sep-

(53) Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985, JORF du 14 décembre 1985.

(54) Guide Permanent Droit et l'Internet, Etude Presse, E 5.13, Activités spécifiques en ligne, p. 10.

(55) Notamment, Hubert Bitant, *Acteurs et responsabilités sur l'Internet*, Gaz. Pal. 1998, I, Doct., p. 501; Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, précité; Patrick Auvret, *La détermination des personnes responsables (réflexions sur l'application de la responsabilité en cascade à Internet)*, précité; Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité.

(56) Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité.

(57) Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, précité.

(58) Frédérique Dupuis-Toubol, Marie-Hélène Tonnelier et Stéphane Marchand, *Responsabilité civile et Internet*, JCP éd. E., 1997, I, 640.

tembre 1999 (59) a considéré que « le fournisseur d'hébergement n'a aucune maîtrise sur le contenu des informations avant que celles-ci ne soient disponibles sur l'internet. Il s'en déduit que le fournisseur d'hébergement de pages personnelles ne peut être considéré comme directeur de la publication ».

Enfin, le fournisseur de services ou d'informations est celui qui est l'auteur des informations circulant sur le réseau. C'est ce dernier intervenant qui semble avoir un réel pouvoir de contrôle sur les informations ou diffusions. Le fournisseur d'informations peut être défini comme la personne qui souhaite émettre un message sur le réseau. Ce peut être un simple particulier ou un professionnel. Il charge sur le système des données qu'il a créées ou collectées sur un sujet donné. Il a une totale maîtrise des informations qu'il diffuse (60).

Le fournisseur de services assume un rôle privilégié. Il assume à la fois des fonctions de pourvoyeur de l'information, et il peut être propriétaire du serveur ou fournisseur d'accès. « Le fournisseur de services, professionnel de la diffusion, peut engager sa responsabilité contractuelle mais aussi délictuelle pour les informations fausses, incomplètes ou dénigrantes dont il est l'auteur et qu'il publie sur son site » (61). Selon une recommandation du Conseil de l'Europe, les fournisseurs de contenus informationnels, professionnels de média, devraient être les premiers responsables dans le cadre de la communication électronique (62).

Le fournisseur du service doit respecter les règles sur les services soumis à déclaration préalable posées à l'article 43 de la loi de 1986 et les règles du dépôt légal posées par la loi du 20 juin 1992. Cela permet que soit désignés, et connus, de tout utilisateur la société civilement responsable et le dirigeant social qui doit être assimilé au directeur de la publication, le système du lien hypertexte rendant encore délicate l'identification (63).

Selon l'arrêt précité de la Cour de cassation du 6 mai 2003 (64), la seule disposition de la loi du 29 juillet 1982 qui aurait pu prévaloir

sur celles de la loi de 1881 était justement celle concernant l'ordre des responsabilités. Ainsi, la Cour de cassation a, dans un premier temps, qualifié Internet de procédé de communication audiovisuelle au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La Cour de cassation tire donc comme conséquence de cette qualification que ce sont les dispositions de la loi du 29 juillet 1982 qui s'appliquent aux publications sur internet. Toutefois, elle décide que « si c'est à tort que les juges ont fait application de l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881 alors que, les infractions reprochées ayant été commises par un moyen de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, seules étaient applicables les dispositions de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, pour autant, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure, dès lors qu'en application de ce texte, les mêmes règles étaient applicables au prévenu ».

Il nous faut évoquer le caractère international des infractions commises par l'Internet (65). A cet égard, rappelons que le juge français est compétent, en vertu de l'article 133-2 du code pénal selon lequel : « 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 ». La simple réception par un internaute en France d'un message diffamatoire le concernant sera suffisant pour que le juge français soit compétent et que la loi française s'applique. Mais, cela ne va pas sans poser des problèmes liés à l'exécution de la décision.

Aussi, faut-il souligner que la Haute Cour de Justice d'Australie a été, dans une affaire *Dow Jones & Company Inc. versus Gutnick*, confrontée à un problème de diffamation à caractère international (le journal étant américain et la personne diffamée australienne) par Internet et a considéré que les responsables de la publication d'informations jugées diffamatoires relevaient des tribunaux du pays où ses informations sont lues « appeared on subscriber's screen » et non du pays d'où elles sont diffusées, « published » (66).

(59) Jugement cité par Eric A. Caprioli, *Diffamation sur Internet et responsabilités pénales*, Droit et Patrimoine, septembre 2000, n° 85, p. 110.

(60) Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, précité.

(61) Hubert Bitan, *Acteurs et responsabilités sur l'Internet*, précité.

(62) Patrick Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, précité.

(63) Basile Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, précité.

(64) Crim. 6 mai 2003, Gaz. Pal. 20-21 août 2003, p. 2, note P. Battistini, précitée.

(65) Nous précisons ici que nous n'étudierons pas la poursuite de l'infraction. Pour cela nous renvoyons ceux qui désireraient connaître en détail la procédure de consulter le *Lamy Droit des médias et de la communication*, Etude 230 et voir Patrick Auvret, V° *Diffamation*, Juris-Classeur Communication, précité, n° 306s.

(66) High Court of Australia *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, 10 December 2002, consultable sur www.droit-technologies.org.

Le constat est relativement simple, il existe de nombreuses difficultés à la mise en œuvre d'une responsabilité adaptée à Internet. Même si beaucoup s'oppose à une nouvelle législation. Néanmoins, il est presque évident que le besoin de légiférer se fait sentir. Compte tenu des spécificités du média Internet, il apparaît nécessaire de recourir à un texte spécifique (67). Ainsi, il avait été proposé dans le projet de loi relatif à la société d'information (68) de revenir sur le problème de la responsabilité sur internet. Ce projet comportait un chapitre relatif à « la responsabilité des opérateurs » (69). L'article 11 visait à insérer dans

(67) Voir pour une opinion contraire, l'avis du professeur Emmanuel Derieux, *V° Internet et droit de la communication*, Juris-Classeur Communication, fasc. 1300. Pour le professeur Derieux, « si, ce qui paraît bien justifié, on considère que l'Internet est un moyen de communication parmi d'autres, il n'y a nul besoin d'envisager pour lui, la nécessité de l'élaboration d'un droit spécifique. Le droit de la communication — qui constitue déjà une spécialité ! — est, moyennant peut-être quelques aménagements ou adaptations, susceptible de s'appliquer à ce mode de communication qu'est l'interne, comme aux autres ». Il poursuit en ajoutant que « on ne gagnerait absolument rien à chercher à élaborer un droit propre pour chaque technique ou chaque support d'expression ou de communication. Bien au contraire ! A vouloir courir ainsi derrière l'évolution des techniques, le droit risque surtout de se laisser distancer chaque fois davantage. Plutôt que d'insister sur ce que chaque média ou mode de communication a ou aurait de particulier, il vaut mieux souligner ce qu'ils ont de commun. Même s'il a dû, pour cela changer de dénomination (droit de la presse, droit de l'information, droit de la communication, ...), ce droit a su, jusqu'ici s'adapter à chaque technique nouvelle (l'imprimerie, la radio, la télévision, ...). Il n'y a pas de raison qu'il ne puisse ou ne sache pas le faire avec l'Internet et les moyens qui probablement suivront. Plus on précise et spécialise les règles, par rapport à ce qu'est l'état de la technique et de ses usages à un moment donné, moins elles sont en mesure de s'appliquer et de s'adapter à une pratique ou à une réalité changeante ou nouvelle. Il faudrait alors, pour celle-ci, adopter une réglementation particulière et qui aurait le défaut majeur de ne valoir que pour elle.

(68) Projet de loi sur la société d'information, Ass. Nat. n° 3143.

(69) Patrick Auvret, *La détermination des personnes responsables (réflexions sur l'application de la responsabilité en cascade à Internet)*, précité.

la loi du 30 septembre 1986 un article 43-8-1 rédigé comme suit : « les prestataires techniques mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 ». Il est ajouté un article 48-3-2 qui prévoit que « les prestataires techniques mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 ne sont pas soumis à l'obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou qu'ils stockent, ni à une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Ce projet a été abandonné pour céder la place au projet de loi sur la sécurité de l'économie numérique (70). Ce projet définit pour la première fois la notion de communication en ligne. Ainsi, l'article premier dispose : « l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication est complété par un alinéa ainsi rédigé : « On entend par communication publique en ligne toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de télécommunication ». Les articles 2 à 5 précisent les règles en matière de responsabilité des opérateurs qui fournissent les prestations techniques pour la mise à disposition du public des services de communication en ligne, en précisant que toute intervention de la part de l'opérateur sur les contenus mis à la disposition du public l'exposerait à une responsabilité de nature éditoriale. L'article 2 du projet prévoit tout particulièrement que les prestataires techniques de l'Internet n'ont aucune obligation générale de surveiller le contenu des informations qu'ils transmettent ou qu'ils stockent.

A. C.

(70) Projet consultable sur le site www.industrie.gouv.fr