



HAL
open science

La liberté d'expression sur les réseaux sociaux en droit français

Emmanuel Netter

► **To cite this version:**

Emmanuel Netter. La liberté d'expression sur les réseaux sociaux en droit français. Droit et réseaux sociaux, Valère Ndior, Jun 2014, Cergy-Pontoise, France. hal-03980908

HAL Id: hal-03980908

<https://hal.science/hal-03980908>

Submitted on 9 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX EN DROIT FRANÇAIS

Emmanuel NETTER

maître de conférences en droit privé

directeur adjoint du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens

Internet et les réseaux sociaux sont souvent présentés comme des zones de non-droit. La liberté d'expression, en particulier, n'y aurait aucune borne. Très récemment, le ministre de l'intérieur s'en indignait encore devant la représentation nationale. Répondant à une question sur l'antisémitisme - à la suite du saccage ignoble d'un cimetière juif - M. Cazeneuve fustigeait ainsi : « (...) *une forme profonde d'ignorance et de bêtise que l'on voit se déployer dans un irrespect assumé sur Internet avec des phrases, des mots qui atteignent et blessent, et que l'absence de régulation permet* »¹. Les règles de droit manqueraient-elles ? Pour reprendre une expression dont les médias grand public sont friands : contemplerions-nous un « *vide juridique* », voire même... un « *trou noir juridique* »² ?

À peine un mois plus tôt, M. Dieudonné M'Bala M'Bala était pourtant interpellé à son domicile au petit matin, placé en garde à vue, puis traîné devant un tribunal correctionnel pour apologie du terrorisme, à la suite de propos tenus sur Facebook. Après les attentats commis en janvier 2015 contre le journal Charlie Hebdo et contre un magasin juif, il avait écrit « *je me sens Charlie Coulibaly* », ce qui marquait, selon le ministère public, sa sympathie à l'égard du terroriste antisémite³. Ces poursuites le démontrent : le droit n'a pas déserté les réseaux sociaux. Le législateur français avait-il pris soin d'édicter un corps de règles spécifique ? Non, car ce n'était pas nécessaire. La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) de 2004 a laissé toute sa place au droit commun de la liberté d'expression⁴.

1 Compte-rendu de la séance de questions au gouvernement du 17 février 2015, consultable sur www.assembleenationale.fr. Nous soulignons.

2 La deuxième version de l'expression, plus rare mais plus savoureuse encore, figure par exemple chez G. DUTHEIL et A. MICHEL, « Les actionnaires d'Air France ne ratifieraient pas la prime de 400 000 euros accordée à l'ex-DG », lemonde.fr, article du 30 mai 2012.

3 V. « « Je me sens Charlie Coulibaly » : 30 000 euros d'amende requis contre Dieudonné », www.lemonde.fr, article du 4 février 2015. Le jugement a été mis en délibéré, et n'a pas été rendu au moment où nous écrivons ces lignes.

4 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique transposant la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

Avant de rappeler en quoi consistent les règles habituelles du droit français en la matière, encore faut-il démontrer que notre loi nationale a bien vocation à s'appliquer. Dans l'affaire Dieudonné, l'auteur des propos était français et s'adressait principalement à des français - en utilisant toutefois une plateforme américaine. Mais les conversations électroniques, contrairement aux nuages radioactifs, ne s'arrêtent pas aux frontières. Un français pourrait insulter un américain. Un mexicain pourrait dénigrer une entreprise française. Un argentin pourrait, dans une discussion avec un espagnol, tenir des propos diffamatoires à l'égard d'un de nos concitoyens. Il est donc utile de rappeler quelques brefs éléments de droit international privé, en matière pénale puis en matière civile. L'article 113-2 du Code pénal dispose : « *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* ». Les juges français ont profité du flou relatif de la notion de fait constitutif pour appliquer leur loi nationale le plus largement possible⁵. Ainsi le Conseil d'État soulignait-il, dans un rapport, que « *la loi pénale française s'appliquera clairement dans le cas d'un message litigieux disponible sur le réseau Internet, quelle que soit sa source dans le monde, et accessible de France dès lors que la réception par l'utilisateur sur le territoire français est bien un élément constitutif de l'infraction* »⁶. La solution est incroyablement extensive : l'ensemble des contenus disponibles sur internet est susceptible, par définition, d'être consulté par un français⁷. En matière civile, la loi française avait semblé tout aussi conquérante. La Cour de cassation avait jugé que « *la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier* » ; or, elle retenait comme lieu du fait générateur le lieu de diffusion du message source de responsabilité civile⁸. La diffusion des contenus sur internet étant universelle, on aurait abouti à une solution proche de celle retenue en matière pénale, à savoir une compétence presque

5 Sur cette question, V. par ex. J. HUET et E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011, n° 209 s. Ainsi, « *la compétence de la loi pénale française a, par exemple, été retenue dans une affaire opposant deux individus de nationalité syrienne à l'occasion de la diffusion, en langue arabe, sur le site internet d'une télévision étrangère, d'un texte diffamatoire à l'égard de l'un d'eux : la réception et l'affichage du message litigieux étant possible depuis le territoire français, l'élément de publicité nécessaire à la constitution du délit de diffamation a été déclaré "caractérisé" !* » (TGI Paris, 17ème ch., 26 mars 2002, *Légipresse*, 2002, I, p. 74). Ni l'auteur ni la victime de cet abus de la liberté d'expression n'étant français, la solution est en effet très frappante.

6 Conseil d'Etat, rapport *Internet et les réseaux numériques*, 1998, p. 171.

7 J. HUET et E. DREYER, op. cit., n° 215 : les auteurs relèvent d'abord que « (...) si chaque Etat procédait de la sorte, cela signifierait que toutes les lois pénales du monde devraient être connues et respectées par ceux qui prétendent s'adresser au monde entier (...) ». Mais ils ajoutent : « (...) on peut soutenir qu'une application concurrente des différentes lois pénales concernées paraît, en l'état actuel, être le seul moyen d'imposer le respect du droit dans cet espace mondialisée qu'est internet (...) ».

8 Cass. 1ère civ., 14 janv. 1997, n° 94-16861 : *Bull. civ.*, I, n° 14. Il s'agissait d'une action en concurrence déloyale. Des revues scientifiques contenant des articles présentés comme dommageables avaient été diffusées en France. La Cour avait retenu « (...) le fait générateur constitué par la diffusion des revues (...) ».

systématique de la loi française. Mais une tendance jurisprudentielle récente semble exiger que l'on caractérise suffisamment en quoi le contenu incriminé s'adressait au public français, ce qui peut sembler raisonnable⁹.

C'est entendu : la loi française a vocation à s'appliquer très souvent aux abus de la liberté d'expression commis sur internet. Or, notre arsenal législatif est assez vaste. Puisqu'il a été conçu pour appréhender toute forme de communication, sans considération pour le support employé, il est parfois très ancien : ainsi les infractions pénales d'injure et de diffamation sont-elles toujours régies par la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Plus ancien encore, l'article 1382 du Code civil, inchangé depuis 1804, permettra par exemple aux victimes de dénigrement d'obtenir réparation¹⁰. De nombreux autres textes de facture plus récente sont à disposition, en matière pénale - ceux, par exemple, incriminant l'apologie du terrorisme, l'incitation à la haine raciale, le harcèlement - ou civile - ainsi de l'article 9 du Code civil, protégeant la vie privée.

L'objet de cette contribution n'est évidemment pas de revenir sur l'ensemble du droit civil et pénal, français et européen de la communication : de volumineux traités y suffisent à peine. Nous nous demanderons plutôt si les réseaux sociaux suscitent des difficultés d'application particulières. Il est à présent très clair que lorsque le ministre de l'intérieur évoque « *l'absence de régulation* » d'internet comme espace d'expression, il ne peut vouloir dire - sauf à faire preuve d'une particulière mauvaise foi - que le droit français est absent ou même lacunaire. Mais peut-être est-il malhabile, pataud, inefficace face à certains comportements adoptés sur Facebook, Twitter et autres Google+. Dans l'affaire Dieudonné, tout était très simple : l'auteur ne s'était réfugié derrière aucun anonymat, et sa page Facebook était paramétrée avec le niveau de publicité maximal. La phrase eût-elle été prononcée devant des caméras ou incluse dans un communiqué de presse, l'analyse juridique eût été strictement identique. Mais il n'en va pas toujours ainsi sur les réseaux sociaux. Comment traiter ceux qui se sont contentés de « *liker* » la phrase de Dieudonné, c'est-à-dire de cliquer sur le bouton « *j'aime* » que Facebook propose à côté de chaque publication ? A supposer que Monsieur M'Bala M'Bala soit finalement condamné pour apologie du terrorisme, ceux qui ont ainsi marqué leur soutien par un simple clic doivent-ils être considérés comme ayant adhéré à son propos, se rendant coupables de la même infraction ? Plus délicat encore : comment considérer ceux qui se sont

9 V. J. HUET et E. DREYER, op. cit., n° 186 s. Les auteurs démontrent que la Cour de cassation a clairement adopté cette démarche s'agissant du commerce électronique - le public français devait être visé par les objets vendus et dont le commerce est source de responsabilité délictuelle. S'agissant de la pure communication électronique, hors de toute démarche marchande, ce mouvement est pour l'instant cantonné à des décisions de juridictions du fond.

10 Le dénigrement s'attaque non pas à des personnes, mais à des produits ou à des services, qu'il critique injustement. Il relève de l'article 1382 C. civ. : V. par ex. Cass. 1ère civ., 27 nov. 2013, n° 12-24651.

contentés de relayer sa phrase auprès de leurs propres « amis » ou « abonnés », par un « partage » (sur Facebook) ou un « retweet » (sur Twitter) ?

Ces quelques exemples le montrent : les réseaux sociaux suscitent des difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les exercices fautifs de la liberté d'expression (I). À supposer que cette première série de problèmes ait été résolue, d'autres obstacles surgiront parfois, qui rendront la répression ou la réparation difficiles à obtenir. Ces obstacles sont parfois de nature juridique, parfois simplement pratiques, techniques. Une faute a bien été commise, mais on peinera à la sanctionner (II).

I - Détermination des exercices fautifs de la liberté d'expression

L'internaute auquel on reprocherait un exercice fautif de sa liberté d'expression aura fréquemment recours à trois moyens de défense. Il essaiera de démontrer que son propos relevait de la sphère privée (A) ; il se retranchera derrière son anonymat (B). Aussi et surtout, il prétendra avoir été mal compris, et soulignera l'ambiguïté de son message ou de son action sur le réseau social (C). Aucune de ces difficultés n'est véritablement nouvelle : le droit français a déjà été confronté, au cours de son histoire, à chacune d'entre elles. Mais les réseaux sociaux les font ressurgir à des échelles et dans des contextes qui, eux, sont parfois inédits.

A - Le caractère privé

La question de savoir si les réseaux sociaux doivent être qualifiés d'espaces d'expression publics ou privés a déjà été posée en ouverture de cet ouvrage¹¹. Il nous faut y revenir brièvement, car l'encadrement de la liberté d'expression n'est pas et ne doit pas être le même, selon que les propos prétendument fautifs ont été tenus dans l'intimité d'un boudoir ou dans la clameur d'une place de village - ou, en ce qui nous concerne, dans leurs équivalents numériques. Dans certains cas, le caractère privé des propos fera obstacle à toute sanction ; dans d'autres, il permettra simplement d'atténuer leur répression.

Ainsi, en droit du travail, plusieurs juridictions du fond ont eu à connaître de messages très critiques, parfois même injurieux ou diffamatoires, tenus par des salariés à l'encontre de leur employeur. L'enjeu était le suivant : s'ils étaient analysés comme des correspondances privées, ils relevaient de la sphère de la vie personnelle et ne pouvaient donner lieu à aucune sanction ; s'ils étaient analysés comme des propos publics, ils pouvaient constituer la base de sanctions

11 V. NDIOR, « Le réseau social : essai d'identification juridique ».

disciplinaires, allant jusqu'au licenciement. Le raisonnement mené par la Cour d'appel de Besançon, dans un arrêt du 15 novembre 2011 fut celui-ci : « *le réseau Facebook a pour objectif affiché de créer entre ses différents membres un maillage relationnel destiné à s'accroître de façon exponentielle par application du principe "les contacts de mes contacts deviennent mes contacts" et ce, afin de leur permettre de partager toutes sortes d'informations ; que ces échanges s'effectuent librement via "le mur" de chacun des membres auquel tout un chacun peut accéder si son titulaire n' a pas apporté de restrictions ; qu'il s'en suit que ce réseau doit être nécessairement considéré , au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public ; qu'il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos tenus sur Facebook, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son "mur" »¹². Il nous semble qu'il y a une certaine contradiction à relever que ce réseau social est largement paramétrable, puis à se prononcer par un motif général le qualifiant par essence d'espace public, avant d'affirmer à nouveau que les utilisateurs sont maîtres de la portée de leurs publications. Le raisonnement eût été plus cohérent si la cour avait simplement posé une présomption simple de publicité des messages publiés sur les murs Facebook, à charge pour le salarié de renverser cette présomption en apportant la preuve qu'il avait abandonné les réglages « par défaut » pour des paramètres plus protecteurs. Si tel est le véritable sens de l'arrêt, sans doute est-il maladroitement formulé. Cela est d'autant plus regrettable que l'argument tenant aux paramètres proposés par défaut par la plateforme était, au fond, assez habile. La contradiction apparaît en toute hypothèse flagrante avec une décision rendue le même jour par la Cour d'appel de Rouen. On peut en effet y lire : « (...) *il ne peut être affirmé de manière absolue que la jurisprudence actuelle nie à Facebook le caractère d'espace privé, alors que ce réseau peut constituer soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramétrages effectués par son utilisateur. A cet égard, aucun élément ne permet de dire que le compte FACEBOOK tel que paramétré par Mlle R. ou par les autres personnes ayant participé aux échanges autorisait le partage avec les amis de ses amis ou tout autre forme de partage à des personnes indéterminées, de nature à faire perdre aux échanges litigieux leur caractère de correspondance privée »¹³. Cette fois-ci, le raisonnement est très clair. La juridiction déduit du caractère paramétrable du réseau social qu'il est nécessaire d'apporter la preuve des réglages adoptés pour le compte incriminé. Partant, il convient de déterminer sur qui repose le fardeau de la preuve. La Cour d'appel de Rouen estime que c'est à l'employeur qu'il revient de convaincre le juge du caractère public des messages, et non l'inverse. La solution nous semble devoir être approuvée pour**

12 CA Besançon, 15 nov. 2011, n° 10/02642 : CCE, 2012, n° 4, 2012, p. 37, obs. A. CAPRIOLI. Nous soulignons.

13 CA Rouen, 15 nov. 2011, n° 11/01827 : CCE, 2012, n° 9, p. 42, obs. A. CAPRIOLI. Nous soulignons.

au moins deux raisons. La première, c'est qu'il est très difficile au salarié de démontrer quels réglages il avait adoptés à un moment donné. Puisque ces choix peuvent être modifiés à tout instant, présenter au juge les paramètres du compte une fois que le litige est porté devant lui n'a aucun intérêt. Sauf à solliciter un constat d'huissier à chaque fois qu'il publie un contenu, le titulaire du compte, qui ne sait pas qu'il va être assigné en justice par la suite, serait bien en peine d'apporter la preuve que Besançon semble attendre de lui. En revanche, si l'employeur ou un cadre de l'entreprise critiquée a eu accès au contenu offensant, il lui suffit de faire constater, par exemple, qu'il s'affiche sur les fils d'actualité Facebook de plusieurs autres collègues du salarié maladroit : le défi probatoire n'est pas simple à relever, mais pas impossible. La deuxième raison d'approuver la solution retenue par Rouen, et la plus fondamentale, c'est qu'il s'agit de punir le salarié. Or, il nous semble que c'est un trait commun à toutes les procédures répressives, au sens large, que de faire porter la charge de la preuve sur celui qui accuse plutôt que sur celui qui encourt la sanction.

Quittons le droit du travail pour le droit pénal de la communication. Dans certaines affaires, s'il est démontré que les propos tenus étaient privés, ils n'en seront pas moins réprimés par la loi, mais moins sévèrement. Ainsi la Première chambre civile eut-elle à connaître de propos tenus sur deux réseaux sociaux différents, susceptibles d'être qualifiés d'injures publiques, infraction punie d'une amende de 12 000 euros¹⁴, ou d'injures non publiques, sanctionnées par l'amende prévue pour les contraventions de 1ère classe¹⁵. La cour d'appel avait estimé qu'il ne pouvait pas s'agir d'injures publiques : *« après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme X... tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu, par un motif adopté exempt de caractère hypothétique, que celles-ci formaient une communauté d'intérêts »*. La Haute juridiction approuve ce raisonnement¹⁶. Jusqu'ici, nous avons souligné que l'utilisateur de réseaux sociaux dispose souvent d'outils lui permettant de déterminer, avec une certaine finesse, lesquels de ses contacts auront accès à une publication donnée, à un message donné. Entre le message purement privé envoyé à un seul destinataire et le message entièrement public - posté sur une page Facebook ouverte, ou sur un compte Twitter « non protégé » par exemple - il existe une infinité de formules intermédiaires, qui rendent nécessaire un examen au cas par cas. Mais comment le juge doit-il procéder concrètement ? C'est le critère de la *« communauté d'intérêts »* qui est ici mobilisé. Il est d'abord apparu dans le cadre du droit des

14 Art. 33 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

15 Art. R. 621-2 C. pén.

16 Cass. 1ère civ., 10 avr. 2013, n° 11-19530 : Bull. civ., I, n° 70 ; JCP G, n° 17, p. 816, obs. L. MARINO ; RLDI, 2013, n° 93, p. 47, obs. J. DE ROMANET et L. COSTES ; Légipresse, 2013, n° 305, p. 270 ; JCP S, 2013, n° 23, p. 18, obs. B. BOSSU ; Gaz. Pal., 19 juin 2013, n° 170, p. 14, obs. P. PIOT. Adde A. LEPAGE, « La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux », CCE, 2013, n° 7, p. 43.

communications non électroniques, mais il était prévisible qu'il vînt finalement à s'appliquer à internet et aux réseaux sociaux¹⁷. D'après la doctrine, le juge doit rechercher, chez les individus destinataires du message, une « *appartenance commune, des aspirations ou des objectifs partagés* »¹⁸. En théorie, une telle communauté ne se distingue pas par sa taille, seulement par son homogénéité ; c'est pourquoi un commentateur s'interroge sur la référence faite par l'arrêt au « *nombre très restreint* » des contacts Facebook et MSN¹⁹. Il a ainsi été jugé qu'une note adressée à l'ensemble du personnel d'une entreprise était restée cantonnée à une communauté d'intérêts²⁰. À l'inverse, dans une autre affaire, un courrier électronique avait été envoyé à un ensemble d'individus comprenant d'une part les membres d'un syndicat, d'autre part les membres d'une formation politique. L'arrêt d'appel, approuvé par la Cour de cassation, retient que « (...) *si les destinataires du courrier électronique incriminé peuvent avoir des intérêts communs, ils font partie de groupements qui constituent des entités distinctes, ne partageant pas nécessairement les mêmes objectifs et ayant des domaines d'action différents* ». À la lumière de ces éléments, constatons que la plupart des publications effectuées sur les réseaux sociaux toucheront plusieurs communautés d'intérêts. Les réseaux généralistes comme Facebook et Twitter agrègent des contacts venus d'univers distincts. Qu'un même message touche un collègue de travail et un ami d'enfance, et il ne sera plus possible de prétendre que le propos a été cantonné à une communauté. La maîtrise, par les utilisateurs, de plusieurs « cercles d'amis » ou listes de contacts, sera cruciale.

À ce premier argument brandi par les utilisateurs de réseaux sociaux et qui tient au caractère prétendument privé de leurs propos, on peut en ajouter un deuxième : celui qui tient à l'anonymat sous lequel ils s'expriment.

B - Le caractère anonyme

L'usage de procédés d'anonymat tels que les pseudonymes ne date évidemment pas d'internet, mais il y est particulièrement généralisé. Derrière ce masque, la parole - licite - est-elle plus libre ? Il semble évident que les propos constitutifs d'injures, d'apologie du terrorisme, d'incitation à la haine raciale, de dénigrement de produits ou de services, par exemple, ne perdent pas leur caractère

17 En ce sens : A. LEPAGE, art. préc.

18 Y. MAYAUD, Rev. sc. crim. 1998, p. 104, obs. ss Cass. crim., 3 juin 1997 : Bull. crim. 1997, n° 218, cité par A. LEPAGE, art. préc.

19 « (...) *Inversement il ne faudrait pas exclure qu'une communauté d'intérêts soit décelable entre un grand nombre de personnes. La référence faite par le présent arrêt à un « nombre très restreint » de personnes accrédite sans doute cette approche d'une communauté d'intérêts sur les réseaux reposant sur la désignation, l'élection de quelques personnes par le titulaire du compte, qui ouvre ainsi à quelques happy few l'accès à ses messages* » (A. LEPAGE, art. préc.). Reconnaissons toutefois que, *de fait*, le faible nombre de destinataires d'un message augmente les chances qu'une seule communauté d'intérêts ait été touchée.

20 Cass. 1ère civ., 31 janv. 2008, n° 07-12643 : Bull. civ., I, n° 33.

fautif uniquement parce qu'ils ont été proférés à l'ombre d'un nom d'emprunt ou de fantaisie. Dans ces hypothèses, l'anonymat ne constitue qu'un obstacle technique à la sanction : comme tel, il sera abordé dans la seconde partie de cette étude.

Mais il est des hypothèses dans lesquelles l'anonymat a bien un effet sur l'étendue de la liberté d'expression. Un certain nombre de professionnels sont astreints au secret professionnel : banquiers, médecins, avocats... Lorsque le fameux blogueur Maître Eolas relate, dans son *Journal d'un avocat*, les dossiers dans lesquels il est intervenu²¹, le fait de celer sa véritable identité, celle de ses clients, des policiers, gendarmes et magistrats auxquels il a eu à faire, lui permet de préserver ce secret. Ainsi échappe-t-il aux foudres de l'article 226-13 du Code pénal, aux termes duquel : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Nous avons évoqué plus haut la question des propos injurieux ou diffamatoires adressés par des salariés en colère à leurs employeurs. Assignés devant les juridictions pénales ou du travail, ils se défendaient en expliquant avoir tenu ces propos dans un cadre intime, privé. Mais une stratégie plus sage aurait consisté à entourer leurs emportements d'un voile de brume, en masquant l'identité de la personne critiquée - ce qui supposera souvent de masquer également la leur, sans quoi des recherches sommaires permettraient de briser l'anonymat de la cible des propos en partant de leur auteur. Un exemple peut être trouvé dans l'univers des blogs, proche de celui des réseaux sociaux par plusieurs aspects, dont celui qui nous occupe. Une blogueuse ayant choisi le pseudonyme « *Petite Anglaise* » tenait régulièrement des propos peu amènes sur la société qui l'employait, mais sans jamais la nommer. Sa hiérarchie le découvrit finalement et la licencia. À tort : le Conseil des prud'hommes de Paris « (...) *constate que le blog était écrit en anglais et que Madame Petite ANGLAISE s'identifiait sur le blog sous le pseudonyme «la petite anglaise» et qu'il n'apparaît à aucun moment le nom du le CABINET DIXON WILSON ni les noms d'aucun salarié que le CABINET DIXON WILSON n'a jamais été visé, ni identifié pendant les deux années de vie du blog avant le licenciement de Madame Petite ANGLAISE (...) Que le Conseil n'a constaté aucun propos diffamatoire ou injure qui porte atteinte à l'entreprise car il n'y a aucun moyen de pouvoir identifier les personnes ; que le Conseil affirme que Madame Petite ANGLAISE n'a fait que relater, sous une certaine forme de romance, sa vie personnelle et parfois professionnelle tout en restant inidentifiable(...)* »²². Le licenciement fut donc jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse. La

21 <http://www.maitre-eolas.fr/>.

22 Ces extraits d'une décision rendue durant l'été 2007 sont reproduits par le blogueur précité Maître Eolas sur son blog : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2007/07/05/660-le-jugement-dans-l-affaire-petite-anglaise>. Remarquons qu'à la sanction juridique s'est ajoutée une sanction médiatique : en voulant faire taire les critiques de sa salariée, le

décision est totalement convaincante : s'il est impossible aux lecteurs d'identifier la cible des critiques ou des noms d'oiseaux, il n'y a pas d'atteinte à l'honneur de qui que ce soit ; aucune réputation n'est entachée ; aucune sensibilité n'est heurtée. On ne peut être inquiet pour avoir craché sur une ombre. Citons encore une décision qui concerne non plus le monde des blogs, mais bien celui des réseaux sociaux. Un salarié se voyait reprocher d'avoir tenu, sur Facebook des propos déplaisants sur sa hiérarchie. La Cour d'appel de Reims commence par affirmer que « (...) nul ne peut ignorer que Facebook, qui est un réseau accessible par connexion internet, ne garantit (sic) pas toujours la confidentialité nécessaire »²³. Mais, elle relève ensuite : « (...) il apparaît clairement que dans le message, aucun nom n'a été indiqué par Monsieur C. et que le terme « chef » ne s'apparente pas systématiquement à la relation professionnelle ; que l'employeur lui même hésite entre un collègue ou un membre de la direction ; qu'il existe en tout état de cause une ambiguïté sur la personne visée ». L'anonymat – ici, celui de la cible des propos – justifia donc l'annulation de la sanction disciplinaire qui avait été prononcée.

Certains propos, qu'il eût été fautif de formuler en usant d'identités réelles, peuvent donc être licitement publiés sous le couvert de l'anonymat. Mais l'effet protecteur du pseudonyme ou de l'ellipse a des limites, dont nous prendrons deux exemples. Premier exemple : un employé d'une chaîne de restauration rapide s'était réfugié derrière le nom « @EquipierQuick » pour critiquer violemment ses conditions de travail, ainsi que des manquements aux règles d'hygiène lors de la préparation des repas. Il cachait donc son identité, ainsi que celle du restaurant qui l'employait, désigné dans ses messages comme « le Quick mystère ». Au mieux, cela protégeait la réputation de l'établissement franchisé - encore qu'on puisse considérer que la réputation de tous les franchisés était atteinte par les affirmations du salarié. Mais la réputation du franchiseur, de la chaîne nationale et internationale de restaurants, clairement nommée, était quant à elle indiscutablement atteinte. Cela suggère qu'il existe des degrés dans l'anonymat : un pseudonyme « @RestaurationRapide »

cabinet a dévoilé son identité et s'est surtout attiré l'antipathie du public. Ce phénomène est bien connu sur internet sous le nom « d'effet Barbara Streisand », cette chanteuse en ayant été une victime remarquée : en voulant diminuer l'exposition médiatique d'une information, on aboutit à l'exact inverse.

23 CA Reims, 9 juin 2010, n° 09/03205. L'arrêt est aussi intéressant en ce qu'il semble considérer le mur Facebook, de manière générale, comme un espace d'expression public : « (...) en mettant un message sur le mur d'une autre personne dénommée « ami », il s'expose à ce que cette personne ait des centaines d' « amis » ou n'ait pas bloqué les accès à son profil et que tout individu inscrit sur Facebook puisse accéder librement à ces informations (coordonnées, mur, messages, photos) ; que dans ces conditions, contrairement à ce qu'avance le salarié, il ne s'agit pas d'une atteinte à la sphère privée au regard de tous les individus, amis ou non qui peuvent voir le profil d'une personne et accéder à son mur et aux messages qu'elle écrit ou qui lui sont adressés ; qu'au surplus, la violation d'une correspondance privée suppose qu'un échange écrit ne puisse être lu par une personne à laquelle il n'est pas destiné, sans que soit utilisé des moyens déloyaux ; qu'en l'espèce, non seulement, il n'est pas établi que Melle C. ait bloqué l'accès à son profil et donc à son « mur » au moment des faits litigieux, mais surtout, si Monsieur C. voulait envoyer un message privé non accessible à d'autres personnes que le destinataire ou quelques amis choisis, il pouvait utiliser la boîte mail individuelle de Facebook, ce qu'il n'a pas fait ». La position adoptée se rapproche de celle de la Cour d'appel de Besançon, citée supra, I) A).

eût probablement permis à l'homme de se soustraire aux critiques. Il n'avait pas eu cette prudence. Quick France porta plainte pour diffamation, et le restaurant franchisé qui l'employait le licencia²⁴. Deuxième exemple de situation dans laquelle l'anonymat n'a été d'aucun secours : des magistrats dialoguaient régulièrement sur Twitter - leurs messages étaient donc lisibles par tous - sous les pseudonymes « @BipEd » et « @Proc_Gascogne ». Au cours d'une audience à laquelle ils participaient, l'un comme parquetier, l'autre comme juge du siège, ils se sont envoyés des tweets tels que : « *ça y est, j'ai fait pleurer le témoin* » ou « *un assesseur exaspéré qui étrangle sa présidente en pleine audience, ça vaut combien ?* ». Quelque temps après, un journaliste de Sud-Ouest a révélé l'identité des deux hommes, la juridiction à laquelle ils appartenaient, et il a donc été possible de retrouver quelle affaire était portée devant eux au moment où ils échangeaient ces propos. Le ministère public a d'ailleurs dû faire appel, afin qu'elle soit rejugée. On comprend aisément quel trouble ces révélations ont pu causer aux personnes mises en cause, aux parties civiles ou aux témoins. Elles n'auraient rien su, toutefois, si l'anonymat n'avait été brisé par un journaliste. Un premier reproche adressé aux deux hommes consisterait à dire : preuve est faite que votre identité pouvait être découverte ; vous deviez donc postuler dès l'origine qu'elle le serait, tôt ou tard. Mais cet argument met mal à l'aise. Si un hacker avait traqué « *Petite Anglaise* » et diffusé son état civil au reste du monde, aurait-il fallu en blâmer la blogueuse ? Avec un tel raisonnement, c'en serait fini de l'expression sous pseudonyme²⁵. Mais un deuxième niveau de critique des deux magistrats semble, lui, plus convaincant. Le CSM, dans sa décision disciplinaire rendue à l'encontre du parquetier, affirme : « *le prétendu anonymat qu'apporteraient certains réseaux sociaux ne saurait affranchir le magistrat des devoirs de son état, en particulier de son obligation de réserve, gage pour les justiciables de son impartialité et de sa neutralité notamment durant le déroulement du procès* »²⁶. Qu'un juge du siège et un représentant du parquet affichent leur connivence, et semblent peu attentifs au déroulement de l'audience a « (...) porté atteinte à la confiance que les justiciables doivent pouvoir accorder aux décisions de justice »²⁷. Que cela se produise dans telle juridiction ou telle autre n'est pas fondamental : c'est la figure abstraite du magistrat de l'ordre judiciaire, et sa représentation dans l'esprit des citoyens, qui sont touchées. L'anonymat eût-il perduré, la faute disciplinaire n'en aurait pas été moins caractérisée²⁸.

24 A. MEUNIER, « Le déluge s'est abattu sur l'équipier Quick après l'épisode Twitter », article du 8 août 2013 sur www.courrier-picard.fr.

25 Ainsi, l'identité du blogueur Maître Eolas a été révélée par un individu cherchant à lui nuire et peut être facilement trouvée sur internet. Personne n'a soutenu, semble-t-il, qu'il lui était par la suite interdit de poursuivre ses chroniques sans violer le secret professionnel. Il faut dire que cette information ne suffit pas, à elle seule, à identifier les dossiers qu'il évoque.

26 <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>, rubrique « discipline des magistrats », décision P079.

27 Ibid.

28 Il reste qu'en pratique, c'est sans aucun doute le bruit médiatique suscité par le bris de l'anonymat qui a conduit à des poursuites disciplinaires rapides et à des sanctions sévères contre les protagonistes.

Nous avons relevé quelles difficultés d'analyse suscitent les caractères privé et anonyme des propos tenus sur les réseaux sociaux. Il reste à envisager le problème le plus délicat : leur caractère équivoque.

C - Le caractère équivoque

La possibilité de partager des contenus avec ses amis, contacts, abonnés... constitue l'essence même des réseaux sociaux. Bien souvent, l'internaute n'est pas l'auteur du texte ou de la vidéo en question. Il se contente d'attirer l'attention des autres dessus, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il adhère sans réserve à son contenu. Peut-être a-t-il au contraire trouvé le document si agaçant et contraire à ses propres idées qu'il a souhaité inviter les autres à s'y référer pour qu'ils partagent son irritation. Peut-être l'a-t-il simplement trouvé amusant. Supposons à présent que le document partagé ait un contenu illicite : injurieux, diffamatoire, incitant à la haine raciale ou faisant l'apologie du terrorisme, pour citer à nouveau quelques abus de la liberté d'expression qui foisonnent sur internet. L'internaute qui se sera contenté de proposer un lien hypertexte vers ce contenu (1), ou qui l'aura partagé à l'aide d'une fonctionnalité spéciale du réseau social (2) pourra-t-il être inquiété ? Porter un contenu illicite à la connaissance des autres, est-ce nécessairement illicite ? L'acte de partage n'est-il pas entaché d'équivoque ? Au risque de surprendre, nous nous poserons la question même lorsque c'est un bouton de type « *j'aime* » (ou « +1 ») qui a été utilisé par l'internaute, alors pourtant qu'il semble spécifiquement conçu pour marquer une adhésion (3).

1. - La mise en place d'un lien hypertexte

Proposer un lien hypertexte vers une page contenant un texte diffamatoire, est-ce se rendre coupable soi-même de diffamation ? Cette délicate question ne semble pas avoir été posée, pour l'heure, aux juridictions françaises²⁹. La Cour suprême du Canada, elle, y fut confrontée en 2011³⁰. Les juges du premier degré avaient estimé que « (...) *la simple création d'un hyperlien dans un site Web n'entraînait pas une présomption qu'on avait effectivement utilisé cet hyperlien pour accéder aux mots en cause. Le juge était d'accord que les hyperliens s'apparentaient à des notes de bas de page puisqu'ils ne faisaient que renvoyer à une autre source sans toutefois en répéter le contenu. Sans répétition, il ne pouvait y avoir eu diffusion. Par surcroît, en l'absence de toute preuve établissant que qui que ce soit d'autre que C avait suivi les liens et lu les mots auxquels ils menaient, il était impossible de conclure qu'il y avait eu diffusion* ». L'analogie avec les notes de

29 En revanche, elles ont eu à connaître de la question, distincte, de savoir si la mise en place d'un lien hypertexte vers un contenu plus ancien doit être analysé comme une nouvelle publication de ce contenu, ce qui ferait courir un nouveau délai de prescription : V. *infra*, II.

30 Cour suprême du Canada, *Crookes c. Newton*, 19 oct. 2011, 2011 CSC 47,

bas de page est intéressante : on ne songerait pas à considérer comme illicite une publication scientifique qui se contenterait de renvoyer en note à un contenu diffamatoire. Une telle référence semble passive et neutre. Le critère du succès rencontré par le lien – a-t-on cliqué dessus ou pas, a-t-il ou non suscité des visites – laisse davantage songeur. Pour approfondir l'analogie avec la note de bas de page, le fait qu'un lecteur soit allé rechercher et ait lu le contenu référencé en note ne change rien à la neutralité et à la passivité de la référence. Toujours est-il que les juges d'appel ont majoritairement soutenu la décision du premier degré, « (...) *concluant qu'il pouvait arriver que certains mots d'un article donnent à penser qu'un hyperlien donné constitue un encouragement ou une invitation à se rendre au site visé, mais ce n'était pas le cas en l'espèce* ». Les juges du second degré réservent donc l'hypothèse dans laquelle le lien hypertexte cesserait d'être neutre, parce qu'il serait promu, mis en avant par son auteur. La Cour suprême du Canada reprend et approfondit ce raisonnement. Les juges majoritaires écrivent : « *Les hyperliens constituent essentiellement des renvois, qui diffèrent fondamentalement d'autres actes de « diffusion ». Tant les hyperliens que les renvois signalent l'existence d'une information sans toutefois en communiquer eux-mêmes le contenu. Ils obligent le tiers qui souhaite prendre connaissance du contenu à poser un certain acte avant de pouvoir le faire. Le fait qu'il soit beaucoup plus facile d'accéder au contenu d'un texte par le biais d'hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l'hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu. En outre, le seul fait d'incorporer un hyperlien dans un article ne confère pas à l'auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l'article secondaire auquel il mène* ». Deux juges minoritaires tiennent cependant à apporter une précision : « *Cependant, selon nous, l'hyperlien équivaut à de la diffusion s'il ressort du texte qui le contient, interprété en fonction de son contexte, que l'auteur adopte le contenu auquel il renvoie, ou y adhère* »³¹. La cour d'appel avait déjà réservé cette hypothèse d'une promotion active de la référence par l'auteur du lien. Elle est compatible avec l'analogie de la note de bas de page : la référence cesse d'être neutre si elle est accompagnée de propos signifiant que l'auteur secondaire soutient, endosse le texte rédigé par l'auteur primaire. Une autre juge minoritaire propose quant à elle de distinguer entre plusieurs types d'hyperliens : « *Pour décider si l'information à laquelle mène un hyperlien est immédiatement disponible, le tribunal doit prendre en considération certains facteurs, notamment s'il s'agit d'un hyperlien activé par l'utilisateur ou automatique, s'il s'agit d'un lien superficiel ou profond, et si l'information à laquelle mène le lien est accessible au grand public (ou s'il s'agit plutôt d'un contenu à accès restreint). Tout ce qui a une incidence sur la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance des propos en cause sera pertinent à cet égard* »³². Cela revient à

31 Opinion de la Juge en chef MCLACHLIN et du Juge FISH.

32 Opinion de la Juge DESCHAMPS.

affirmer que l'analogie de la note de bas de page a ses limites et que, pour des raisons techniques, certains liens doivent être traités différemment. Alors même que l'auteur du lien ne l'entourerait pas d'un texte destiné à le promouvoir, l'usage de certaines technologies pourrait impliquer, selon cette opinion minoritaire, qu'il se rend coupable de diffamation. Il est vrai qu'il existe des liens déclenchant une prévisualisation totale ou partielle du contenu lié dans le navigateur de l'internaute. Cela revient à incorporer presque physiquement le contenu lié au contenu liant. En acceptant de procéder à de telles distinctions, on tombera nécessairement dans une pénible casuistique : quels liens, parmi l'ensemble des technologies existantes et à venir, seront suffisamment « actifs » pour qu'on considère qu'ils engagent la responsabilité de leur auteur³³ ? Mais refuser de se poser ces questions aurait aussi de graves inconvénients. Il serait facile d'user de ces techniques pour, sous couvert de « références » neutres, truffier son propos de documents illicites, diffamatoires, insultants, directement affichés dans la page secondaire via des liens actifs.

Les boutons de partage de contenus proposés par les réseaux sociaux posent des problèmes extrêmement proches.

2 – Les fonctions de partage des réseaux sociaux

Si l'information circule si vite sur les réseaux sociaux, c'est parce qu'ils comportent des fonctionnalités spécialement conçues pour faciliter cette propagation. L'internaute qui découvre un contenu amusant, intéressant, choquant, n'a généralement que deux clics à effectuer pour en faire profiter ses « amis », « abonnés » ou « contacts ». Cette diffusion pyramidale, importante sur la plupart des réseaux sociaux, est même au cœur du fonctionnement de Twitter : le bouton de « retweet » (usuellement abrégé en « RT ») permet à un utilisateur de relayer instantanément un message rédigé par autrui à ses propres abonnés. Lorsqu'un internaute B décide de s'abonner à un autre utilisateur A sur Twitter (ou plutôt, selon la terminologie propre à ce réseau, de le « suivre »), il peut donc le faire non seulement parce que les messages personnellement rédigés par A sont intéressants, mais aussi (et parfois surtout) pour la qualité des *retweets* de A, pour son aptitude à trouver, sélectionner et relayer des contenus intéressants. Or, les réseaux sociaux charrient chaque jour des milliers de publications qui pourraient donner lieu à des poursuites civiles ou pénales

33 Les juges majoritaires anticipent et craignent ces difficultés, mais considèrent qu'ils peuvent les éluder en l'espèce : « La réalité de l'Internet a pour conséquence que nous sommes confrontés à la fluidité inhérente et inexorable de technologies en pleine évolution. Par conséquent, j'estime qu'il serait mal avisé, dans les présents motifs, de tenter d'anticiper, et à plus forte raison de vider complètement, la question des conséquences juridiques des divers types de liens qui existent déjà ou qui feront leur apparition. Les liens intégrés ou automatiques, par exemple, peuvent fort bien porter à conséquence dans des affaires à venir, mais ces différences n'ont fait l'objet d'aucun débat dans le cadre de la présente affaire et n'ont pas été analysées devant les tribunaux inférieurs; il n'est donc pas nécessaire d'en tenir compte pour les fins qui nous occupent ».

contre leurs auteurs. Pourrait-on inquiéter, de surcroît, les internautes qui se seraient contentés de relayer l'information, de la propager ? La plupart des utilisateurs peine à l'imaginer : la facilité et la rapidité avec laquelle un partage est effectué nourrissent le sentiment qu'il s'agit d'un acte anodin, dépourvu de signification profonde et insusceptible d'engager la responsabilité juridique de son auteur³⁴. Pourtant, si l'on reprend le fil d'un raisonnement mené un peu plus haut par un juge canadien, le partage en général et le *retweet* en particulier vont plus loin qu'un lien hypertexte classique : ils amènent le contenu relayé, au moins lorsqu'il s'agit d'un texte, directement sous les yeux des amis ou contacts de l'internaute-relais. L'analogie de la simple note de bas de page ne semble alors plus pertinente : comme avec un lien hypertexte « *actif* » et même davantage encore, il ne s'agit pas de fournir une *référence* à un contenu, mais bien de le *diffuser*. Quelles conséquences juridiques attacher à cet acte de diffusion ?

La question n'est déjà plus de pure théorie. Un exemple récent le démontre. Le 4 décembre 2012, le ministre du Budget Jérôme Cahuzac envoie deux messages sur le réseau social Twitter. Le premier fait allusion à l'article de Mediapart l'accusant de détenir un compte bancaire à l'étranger et de l'avoir caché au fisc français. Le deuxième tweet est ainsi libellé : « *Je poursuivrai tous ceux qui reprendront cette calomnie gravement diffamatoire et qui porte atteinte à mon honneur. Y compris ici !* »³⁵. Les internautes qui auraient osé relayer les tweets de Mediapart étaient ainsi menacés d'être poursuivis pour diffamation. Des actions en justice ont donc été envisagées, et le seront à nouveau, sur la base du simple relais d'un contenu sur les réseaux sociaux. Avant de revenir à l'exemple de M. Cahuzac, élargissons un peu notre propos.

On peut concevoir qu'un message soit fautif, mais que sa propagation ne le soit pas. Ainsi, les tweets déjà évoqués, échangés par un membre du ministère public avec un juge du siège lors d'une audience, constituaient pour les deux individus des abus de leur liberté d'expression - au moins sur le terrain disciplinaire -, mais l'on ne peut faire aucun reproche aux internautes les ayant répercutés. À l'inverse, il est des situations dans lesquelles il est très clair que le simple acte de relais d'un contenu constitue une faute, car le législateur a pris soin de le préciser. Prenons un exemple destiné à marquer les esprits : le seul fait de participer à la diffusion d'images à caractère pédopornographique fait encourir les mêmes peines que le fait d'avoir enregistré ou fixé de telles images³⁶. Dès lors, partager sur Facebook ou retweeter un tel contenu peut être puni par cinq ans de

34 Nous avons pu en juger, notamment, par les réactions incroyables à notre première publication sur la question, « Les conséquences juridiques du retweet », sur le blog de vulgarisation juridique *Un peu de droit* (note du 14 déc. 2012) : <http://unpeuedroit.fr/droit-penal/les-consequences-juridiques-du-retweet/>.

35 Le tweet, daté du 4 décembre 2012, a bien sûr été ultérieurement supprimé par son auteur, mais n'importe quel moteur de recherche permet d'en retrouver une capture d'écran en quelques secondes.

36 Art. 227-23 C. pén. : « *Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est*

prison, alors même que cela n'aura pas pris une seconde. Les hypothèses dans lesquelles la diffusion d'une information est expressément déclarée fautive par la loi sont nombreuses. Nous n'en prendrons qu'un seul autre exemple, plus léger : l'interdiction de publier des sondages la veille et le jour de certaines élections est assortie de l'interdiction de *diffuser* de tels sondages³⁷. Lors des dernières élections présidentielles, de très nombreux utilisateurs de réseaux sociaux ont rédigé mais aussi partagé des messages contenant de tels sondages. En deux clics, ils commettaient ainsi une infraction théoriquement punie de 75 000 euros d'amende³⁸.

Que certains actes de partage soient susceptibles à eux seuls d'engager - parfois lourdement - la responsabilité civile ou pénale d'un internaute ne fait donc aucun doute. Est-ce le cas en matière de diffamation, comme le laissait entendre M. Cahuzac ? La réponse semble bien positive, puisque l'article 29 de la loi de 1881 dispose : « *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 est une diffamation. La publication directe **ou par voie de reproduction** de cette allégation ou de cette imputation est punissable (...)* »³⁹. Affirmer, comme le faisait Mediapart, que le ministre du Budget avait dissimulé de l'argent au fisc constituait bien évidemment un fait portant atteinte à son honneur. Mais le seul fait de reproduire cette affirmation, par exemple en procédant à un *retweet* des accusations des journalistes, était tout aussi punissable, aux termes de la loi. Cela peut sembler choquant. Le texte va même encore plus loin, puisqu'il s'achève ainsi : « (...) *ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative*⁴⁰ ». Un internaute qui aurait pris la précaution d'assortir son partage d'une remarque du type : « *pour l'instant, on n'est sûr de rien* » ou « *je me demande si c'est vrai ?* » n'échapperait pas, en théorie, à l'incrimination ! À considérer les choses froidement, pourtant, l'intention du législateur se comprend très bien : il s'agissait de lutter contre la propagation de rumeurs nauséabondes. Les reproduire, c'est leur donner de la substance, les porter à la connaissance d'autrui, quand bien même le relais serait assorti de précautions. Il est alors frappant de constater qu'un texte conçu à la fin du 19^{ème} siècle et pensé pour des journalistes professionnels conserve toute sa pertinence 130 ans plus tard, à l'ère du numérique, quand chacun se fait

puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation. Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines (...) ». Nous soulignons.

37 Art. 11 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion.

38 La loi citée à la note précédente renvoie à l'art. L. 90-1 du Code électoral pour la sanction. Sur cette question, V. notre article sur le blog de vulgarisation juridique Un peu de droit : <http://unpeudedroit.fr/theorie-generale-du-droit/recrudescence-de-la-delinquance-electorale/>.

39 Nous soulignons.

40 Nous soulignons.

éditorialiste et qu'il ne lui faut qu'un instant pour toucher la conscience de centaines d'autres personnes.

Mais alors, est-il interdit de discuter, sur les réseaux sociaux ou ailleurs, de sujets de société, dès que l'honneur d'un individu est susceptible d'être sali par le débat ? Ce, quand bien même les accusations se révéleraient finalement fondées - comme dans l'affaire Cahuzac ? Non, bien heureusement. Tout individu poursuivi pour diffamation peut soulever deux moyens de défense spécifiques à cette incrimination. Le premier, qu'on appelle « *exception de vérité* », consiste tout simplement à démontrer la réalité des faits relatés. L'individu qui n'a pas colporté un ragot mais révélé ou rappelé un fait objectif n'est pas inquiété⁴¹. Mais au moment où M. Cahuzac menaçait les internautes de poursuites, son attirance coupable pour le tourisme fiscal n'avait pas encore été démontrée de manière irrévocable. Il reste alors le second moyen de défense, d'invention prétorienne : la preuve de la bonne foi. Sera considéré comme s'étant exprimé de bonne foi, même si il ne peut démontrer avec certitude la véracité de ses allégations attentatoires à l'honneur ou à la considération de la personne, celui qui répondra à quatre conditions : « *le fait justificatif de bonne foi distinct de l'exception de vérité des faits diffamatoires se caractérise par la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression ainsi que par le sérieux de l'enquête* »⁴². Du moins ces quatre critères sont-ils adaptés aux journalistes, notamment le dernier. Face à un quidam, il semble nécessaire de les interpréter différemment : M. Tout-le-monde ne va pas enquêter lui-même, mais il peut faire confiance à un organe de presse réputé, Mediapart en l'occurrence. A propos d'un blogueur, le TGI de Paris a accepté d'adapter la notion de bonne foi, jusqu'à un certain point : « *si l'auteur d'un blog n'est pas tenu d'avoir procédé préalablement à une enquête sérieuse empreinte d'un effort d'objectivité, telle qu'elle est attendue d'un journaliste professionnel participant à l'information du public, [il] ne saurait se dispenser pour autant de justifier qu'il détenait des éléments sérieux donnant quelque crédit à ses affirmations* »⁴³. Propager des rumeurs infamantes et sans fondement apparent est donc illicite, y compris par le simple jeu des fonctions de partage sur les réseaux sociaux. Mais participer à un débat d'intérêt général, surtout lorsqu'il concerne des personnalités publiques et plus encore des hommes politiques, et qu'il existe des indices sérieux accréditant les allégations formulées à leur encontre, voilà qui relève du fonctionnement normal d'une société démocratique⁴⁴.

41 Art. 35 de la loi de 1881. Le texte précise cependant : « (...) *La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ; b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ; c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision (...)* ».

42 Expression que l'on retrouve par ex. dans Cass. 1ère civ., 17 mars 2011, n° 10-11784 : Bull. civ., I, n° 58.

43 Tribunal de grande instance de Paris 17ème chambre Jugement du 16 octobre 2006, Nissan Europe et autres / Stéphanie G.

44 La Cour européenne des Droits de l'Homme est particulièrement vigilante face aux atteintes à la liberté d'expression,

Dans les différents exemples précités, diffamation comprise, le législateur avait prévu d'incriminer spécifiquement les actes de diffusion d'une information. Lorsqu'il n'a pas pris cette précaution, l'internaute-relais peut-il tout de même être inquiété ? La loi de 1881 définit l'injure ainsi : « *Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure* »⁴⁵. Rien n'est précisé s'agissant de la simple reproduction de propos injurieux tenus par autrui. Soit un *tweet* rédigé par un individu quelconque et agouissant d'injures un personnage public. Il est incontestable que, si ce message est répercuté plusieurs milliers de fois par d'autres internautes, la cible s'en sentira bien davantage outragée. Mais l'internaute que l'on cherchera à inquiéter pour son simple *retweet* se retranchera certainement derrière le sens ambigu de son acte de partage. Il expliquera qu'il n'a pas voulu insulter lui-même mais simplement montrer à ses abonnés, comme l'aurait fait un journaliste, que l'auteur initial du propos l'avait tenu. Le problème ainsi posé est délicat, mais il nous semble que si le contexte ne fait apparaître aucune prise de distance de l'internaute-relais avec le contenu injurieux, par exemple dans des messages antérieurs ou postérieurs, alors il se rend lui-même coupable d'injure. On voit bien quel danger guetterait si le juge était trop conciliant : il suffirait de rechercher des propos racistes, antisémites, faisant l'apologie du terrorisme... dans la masse des messages déjà postés par d'autres sur les réseaux sociaux, puis de les répercuter en se présentant soi-même comme transparent. Dans toutes ces hypothèses, le partage du contenu illicite doit s'accompagner d'une prise de distance suffisante⁴⁶.

A cet égard, la pratique répandue consistant à intégrer dans sa « biographie » Twitter – une courte présentation dont chaque individu peut assortir son profil utilisateur – une clause générale : « *mes retweets ne valent pas approbation* » nous semble sans valeur⁴⁷. L'acte de partage a toujours une signification, qu'il vise à valoriser le contenu relayé ou au contraire à le dénoncer. Le contexte suffit parfois à percer ce sens : une association antiraciste qui partagerait avec son compte officiel un message affirmant l'infériorité de telle couleur de peau n'aurait pas besoin de clarifier ses intentions, tant il est évident qu'elle cherche à jeter l'opprobre sur l'auteur initial. Mais, à chaque fois

décidées par les législations nationales mais qui feraient obstacles à des débats d'intérêt général. V. par ex. X. BOY, « Conv. EDH, art. 10 : liberté d'expression et de la presse » in Répertoire Dalloz de droit européen, n° 77 s. ; B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER (dir), Traité de droit de la presse et des médias, Litec, 2009, n° 199 s. Le juge français devra donc interpréter les notions de droit français -, par exemple le fait justificatif de bonne foi en matière de diffamation - de telle sorte que les citoyens puissent discuter très librement de questions présentant un tel intérêt général.

45 Art. 29 al. 2.

46 Un journaliste nous a demandé si un smiley pourrait suffire à matérialiser une telle prise de distance. La question n'a rien d'anecdotique, tant ces « émoticônes » constituent un langage à part entière sur internet. Tout sera affaire de cas d'espèce, mais il n'est pas exclu qu'un tel dessin soit suffisant. Une émoticône sous forme de petite image représentant un personnage atteint de nausée, si elle assortissait le partage d'un propos choquant, signifierait assez clairement que l'internaute l'a relayé pour signifier le dégoût qu'il lui inspire.

47 Sur ce point, V. K. TUMMARELLO, « Are Retweets Endorsements?: Disclaimers and Social Media », <http://www.dmlp.org/blog/2012/are-retweets-endorsements-disclaimers-and-social-media>.

que le sens du partage est ambigu, il faut faire l'effort de l'éclairer, et nul ne peut espérer se dédouaner une fois pour toute de cette obligation par une clause générale de non-responsabilité. Enfin, pour les mêmes raisons, assortir son partage d'un « *sans commentaire* », ce qui est fréquent sur les réseaux sociaux n'est pas sans danger : ce que l'internaute-relais croit clair pour tout le monde l'est-il vraiment ?

Ces difficultés semblent ne pas se poser s'agissant des boutons « *j'aime* » (Facebook) ou « *+1* » (Google+) et de tous ceux qui sont construits sur le même modèle.

3 – Les boutons « j'aime »

Si les mots ont un sens, en effet, cliquer sur un tel bouton vise très précisément à marquer une adhésion, un soutien au contenu. L'ambiguïté congénitale des liens hypertextes et des boutons de partage « neutres » semble alors disparaître. Le sens de l'action est clair et c'est pourquoi, comme l'a indiqué Valère Ndior dans sa contribution introductive : « (...) *la Cour de Richmond a considéré que le « Like » n'avait rien de différent de l'affichage d'une appartenance politique sur la devanture d'une porte. En effet, au regard de la structure de Facebook, la Cour a constaté que cette action avait pour conséquence d'afficher sur le profil de l'utilisateur et dans le flux d'actualités de ses contacts une manifestation de son adhésion à une cause identifiée* »⁴⁸. La Cour écrit en effet : « (...) *On the most basic level, clicking on the "like" button literally causes to be published the statement that the User "likes" something, which is itself a substantive statement (...). That a user may use a single mouse click to produce that message that he likes the page instead of typing the same message with several individual key strokes is of no constitutional significance* »⁴⁹. Une sorte de gradation apparaît : déduire qu'un internaute approuve un contenu de ce qu'il a créé un lien hypertexte vers lui semble audacieux ; de ce qu'il l'a partagé, cela semble envisageable ; de ce qu'il l'a « aimé », cela paraît naturel.

À y regarder de près, pourtant, les motivations des internautes ne sont pas toujours limpides. Un exemple choisi au hasard de l'actualité récente : plus d'un millier de personnes ont « *aimé* » un article du Monde.fr intitulé : « *Argentine : plusieurs français tués après une collision entre hélicoptères* »⁵⁰. Ces personnes ont-elles apprécié la réactivité du journal ou de l'AFP, dont l'article reprend en grande partie une dépêche ? La clarté de l'article, son style ? Est-ce une manière de montrer son soutien aux victimes ou à leurs familles ? Dans cette dernière hypothèse, si les internautes avaient mis leur pensée en mots, ils n'auraient certainement pas utilisé le terme

48 V. NDIOR, « Le réseau social, essai d'identification juridique », dans le présent ouvrage.

49 États-Unis, Richmond 4th circuit Court, 18 sept. 2013, Bland v. Roberts, Appeal n°12-1671, p. 39.

50 Article du 9 mars 2015

« *j'aime* », mais peut-être se sont-ils rabattus sur l'unique bouton proposé par Facebook permettant de faire part d'un sentiment sur le contenu - le bouton de partage étant alors considéré comme trop neutre. Dernière hypothèse, qui fait frémir : certains auraient-ils véritablement « *aimé* » l'événement, se seraient-ils réjouis du malheur d'autrui ? Apparaît à nouveau le caractère profondément équivoque des différentes formes de diffusion des contenus sur les réseaux sociaux. Cela ne doit pas décourager les magistrats, simplement les inciter à la prudence. Mais le principe est bien qu'un internaute qui a choisi « *d'aimer* » un contenu raciste, antisémite, homophobe... a exprimé, affiché une opinion que le droit français juge illicite.

Par ailleurs, les difficultés qui viennent d'être examinées peuvent se cumuler : un internaute A publie un lien qui pointe vers une page web contenant des propos diffamatoires ; B partage la publication de A ; C déclare qu'il « *aime* » ce partage. Plus le lien entre l'utilisateur de réseau social et le contenu illicite sera distendu, plus il faudra faire preuve de prudence avant de le traiter comme s'il avait directement adhéré à ce contenu ou comme s'il en était l'auteur.

Discussions privées, usage de pseudonymes, diffusion de contenus laissant planer une large incertitude sur le degré d'adhésion personnelle de l'internaute : nous avons abordé les difficultés posées par les réseaux sociaux au droit français lorsqu'il s'agit de décider quels sont les usages excessifs de la liberté d'expression. Mais établir l'abus ne suffit pas : le droit français ne pourra être considéré comme effectif que s'il parvient à punir ceux qu'il a désignés comme fautifs.

II - Sanction des exercices fautifs de la liberté d'expression

S'il est démontré qu'un utilisateur de réseau social a abusé de sa liberté d'expression, droit civil et droit pénal pourront mobiliser les sanctions les plus classiques : en particulier la condamnation à verser des dommages-intérêts pour le premier, ou des amendes pour le second. Mais on imagine que la première sanction devrait toujours consister dans un retrait forcé du message illicite⁵¹. Toutefois, au rythme infernal qui est celui des réseaux sociaux, en passer par le juge, même en référé, sera toujours trop long : imaginons que le retrait soit ordonné en justice et exécuté par la plateforme dans un délai de 72 heures, ce qui est particulièrement optimiste. Après l'écoulement d'un tel délai, le contenu aurait de toute façon disparu naturellement des fils d'actualité des internautes, et l'intérêt du retrait serait donc principalement symbolique⁵². Une solution - qui a aussi ses défauts - consisterait en ce que les sociétés exploitant les principaux réseaux sociaux s'impliquent davantage dans le

51 Sur cette question, V. J. HIET et E. DREYER, *Droit de la communication électronique*, LGDJ, 2011, n° 125 s.

52 Il n'est cependant pas exclu que le contenu ait une durée de vie plus longue, parce qu'il aurait été indexé par un moteur de recherche ou parce qu'il serait cité ou partagé par d'autres internautes un peu plus tard. Mais dans l'essentiel des cas, l'impact du message sur son public doit être envisagé à l'échelle d'une journée.

retrait des publications les plus ostensiblement illicites, sans attendre l'ordre du juge. Nous y reviendrons.

Admettons que le mal n'ait pu être prévenu : peut-il être guéri ? Lorsque les propos fautifs ont sali l'honneur ou violé la vie privée des victimes, il est courant d'obliger leur auteur à publier la décision de condamnation, afin que ses lecteurs, amis, contacts habituels sachent qu'il est allé trop loin. Cette sanction a pris un relief particulier dans une affaire de dénigrement sur Twitter : un tribunal de commerce a exigé de l'utilisateur du réseau social qu'il y publie l'intégralité du jugement⁵³ Lorsque l'on sait que les messages ont une taille limitée, sur cette plateforme, à 140 caractères chacun, on comprend à quel point l'exécution de la décision a dû être contraignante⁵⁴. C'est une particularité de ce réseau de « *micro-blogging* » que l'on ne retrouverait pas sur d'autres réseaux sociaux, où la publication d'une décision de justice aurait la même allure que celles que l'on trouve régulièrement, par exemple, dans la presse papier « à scandales ». Généraliser ce type de sanction semble souhaitable. Allons plus loin : la fermeture du compte de l'utilisateur du réseau social, dans les cas les plus graves, semble justifiée. Mais les difficultés concrètes seront nombreuses. Si elle n'est pas assortie d'une interdiction de se réinscrire, il suffira à l'individu de quelques minutes pour ouvrir un nouveau compte - en ayant toutefois perdu ses contacts, ce qui n'est pas tout à fait négligeable. Si l'on souhaite le frapper d'une interdiction de s'inscrire à nouveau, faut-il viser uniquement la plateforme sur laquelle le mal a été fait ? Mais il y aura toujours un concurrent proposant un service proche à portée de clic. Faut-il alors interdire à la personne condamnée, pour quelques mois, l'usage des réseaux sociaux ? Mais alors, comment les définir, en anticipant les évolutions constantes du marché⁵⁵ ? De plus, une telle interdiction, spéciale ou générale, serait inefficace puisqu'aucune vérification d'identité n'est effectuée lors des inscriptions. De fait, il n'y aurait plus qu'à interdire l'accès à internet à partir de l'adresse IP du foyer, ce qui suscite à nouveau de multiples objections⁵⁶.

Choisir la forme de répression ou de réparation la plus adéquate n'est donc pas chose facile. Mais encore faut-il en arriver au stade de la sanction ! Caractériser un comportement fautif ne suffit pas.

53 T. com. Paris, 26 juill. 2011, *Référencement.com c/ Zlio* : CCE, oct. 2011, comm. 88, obs. A. DABET.

54 Cela aboutit en pratique à inonder l'écran des contacts de la personne condamnée d'une multitude de messages, les poussant indirectement à se désabonner du compte de cet individu. La sanction, en quelque sorte, est double : la réputation de la victime est rétablie, et celui qui a fait un mauvais usage de sa liberté de parole voit le vide se faire autour de lui.

55 Sur cette question : V. NDIOR, art. préc. au sein du présent ouvrage.

56 Le Conseil constitutionnel avait certes estimé qu'une autorité administrative ne pouvait prononcer de peine de suspension de l'accès à internet (décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009), mais le juge judiciaire, lui, dispose de ce pouvoir (V. ainsi art. L. 335-7 CPI). On reprochera entre autres à cette sanction de frapper l'ensemble d'un foyer, à l'heure où internet joue un rôle de plus en plus important dans la vie professionnelle, les études et les loisirs.

Des obstacles tant juridiques (A) que pratiques (B) s'opposeront bien souvent à ce que les abus de la liberté d'expression commis sur les réseaux sociaux soient réprimés.

A - Les obstacles juridiques

Les obstacles que nous évoquerons ici tiennent aux courtes prescriptions qui assortissent certaines infractions pénales (1), et au statut protecteur dont bénéficient les sociétés exploitant les réseaux sociaux (2).

1. – Les courtes prescriptions

Un premier obstacle juridique peut être identifié. Il concerne les nombreuses infractions pénales relevant du régime de la loi de 1881 sur la liberté de la presse : diffamation, injures⁵⁷, provocation⁵⁸, diffusion de fausses nouvelles⁵⁹, négation de crimes contre l'Humanité⁶⁰... Cet obstacle consiste dans le court laps de temps dans lequel l'action publique devra être mise en mouvement, qui va de trois mois à un an selon les cas⁶¹. Lorsqu'un délai de prescription est aussi bref, la question de son point de départ devient particulièrement cruciale. En visant le jour où l'infraction a été commise, la loi a laissé au juge une assez large marge d'interprétation. S'agissant de la publication d'écrits sur des supports traditionnels, une solution claire a été posée de longue date par la Cour de cassation : le point de départ est constitué par le premier acte de publication⁶². Lorsqu'il s'est agi de transposer ce principe au droit des nouvelles technologies, deux thèses concurrentes ont été avancées. La Cour d'appel de Paris avait estimé que « *si la mise en œuvre de ce principe est aisément applicable à des messages périssables voire furtifs, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une publication sur support papier ou audiovisuel, il n'en va pas de même lorsque le message a été publié par internet qui constitue un mode de communication dont les caractéristiques techniques spécifiques obligent à adapter les principes posés par la loi sur la presse (...)* »⁶³. En quelque sorte, les paroles s'envolent, les écrits sur support papier se putréfient, les écrits électroniques sont (potentiellement) éternels. Les juges considérèrent en effet qu'aussi longtemps que l'écrit restait en ligne, l'infraction était

57 Ces deux types d'infractions ont déjà été présentés.

58 Par ex. la provocation, par certains moyens dont les écrits, à commettre des crimes ou délits : art. 23 de la loi de 1881.

59 Notamment lorsque ces fausses nouvelles sont susceptibles de troubler l'ordre public : art. 27 al. 1 de la loi de 1881.

60 Art. 24 bis de la loi de 1881.

61 Art. 65 al. 1 de la loi de 1881 : « *L'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescrivent après 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* ». L'article 65-3 porte ce délai à un an pour certaines infractions considérées comme particulièrement graves.

62 Par ex. Cass. crim., 13 oct. 1987, n° 86-96686 : Bull. crim., n° 349.

63 CA Paris, 15 déc. 1999 : JCP 2000. II. 10281, note P. SCHMIDT et V. FACCHINA ; D. 2000, somm. 403, obs. J.-Y. DUPEUX ; RSC 2000. 644, obs. J. FRANCILLON.

commise à chaque instant : seul un retrait du message commençait à faire courir le délai de trois mois⁶⁴. Le triomphe d'une telle position eût grandement facilité les actions pénales contre les auteurs de dérapages sur les réseaux sociaux. D'autres juridictions décidèrent à l'inverse qu'il convenait d'appliquer au numérique les mêmes solutions qu'au papier : seule comptait la première publication, le maintien en ligne du message étant indifférent⁶⁵. La Cour de cassation se rallia à ce second point de vue⁶⁶. Cette solution se comprend : il est bien téméraire d'affirmer, comme le faisait la Cour d'appel de Paris, que les publications sur support papiers sont plus « *périssables* » ou plus « *furtives* » que les publications sur internet, à plus forte raison si l'on se concentre sur les réseaux sociaux sur lesquels, à chaque minute ou presque, un message chasse l'autre⁶⁷. Quant à l'argument selon lequel il serait plus difficile pour les victimes de découvrir les messages nuisibles dans le flux incessant des publications électroniques, il ne convainc pas davantage : tous les médias, quel que soit leur support, forment un torrent furieux sous lequel nous sommes tous noyés⁶⁸.

Le législateur n'a toutefois pas semblé se satisfaire de la jurisprudence de la Haute juridiction : il a tenté d'intervenir, en posant une distinction alambiquée : si l'écrit électronique n'était que la reproduction d'un message préalablement publié sur papier, le point de départ restait la première publication ; en présence d'un écrit électronique « pur », en revanche, l'infraction devenait continue⁶⁹. Mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition⁷⁰.

64 « (...) dans une telle hypothèse, la publication 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; l'acte de publication devient ainsi continu ; (...) il y a lieu de considérer qu'en choisissant de maintenir accessible sur son site les textes en cause à la date où il a été constaté que ceux-ci y figuraient, le prévenu a procédé à une nouvelle publication ce jour-là et s'est exposé à ce que le délai de prescription de trois mois coure à nouveau à compter de cette date ».

65 TGI Paris, réf., 30 avr. 1997: D. 1998, somm. 79, obs. J.-Y. DUPEUX. V. cep. une décision contraire rendue par la même juridiction le 6 déc. 2000.

66 Cass. crim., 27 nov. 2001 : Bull. crim., n° 246 : « (...) lorsque des poursuites pour l'une des infractions prévues par la loi précitée sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de 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 ».

67 En ce sens, V. par ex. A. ENAM, « La loi de 1881 sur la liberté de la presse : du droit spécial de la presse au droit commun de la communication », RLDI, 2012, n° 83, p. 61.

68 En ce sens, D. DE BELLESCIZE et L. FRANCESCHINI, Droit de la communication, PUF, 2ème éd., 2005, p. 488, qui relèvent même que les moteurs de recherche permettent plus facilement aux victimes de repérer les contenus électroniques les prenant pour cibles.

69 Art. 6-V de la loi précitée sur la confiance dans l'économie numérique.

70 Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 . Le considérant (n° 14) ne ferme pas la porte à tout aménagement futur en la matière : « (...) par elle-même, la prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps, selon qu'il est publié sur un support papier ou qu'il est disponible sur un support informatique, n'est pas contraire au principe d'égalité ; que, toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique ».

Les infractions soumises à la loi de 1881 se prescrivent donc rapidement⁷¹. Si le message est modifié, cela équivaudra toutefois à une nouvelle publication et fera courir un nouveau délai. Mais imaginons la situation suivante. Un message illicite est publié sur les réseaux sociaux dans l'indifférence générale, par exemple parce que son rédacteur a très peu d'abonnés, de contacts. Quelques mois plus tard, ce contenu est tout à coup promu, mis en valeur par d'autres utilisateurs, qui partagent par exemple son URL. Doit-on considérer qu'il y a nouvelle publication ? La Cour de cassation a récemment été saisie pour avis d'une question proche : « *L'insertion, dans un article mis en ligne sur un site internet, d'un lien hypertexte permettant d'accéder directement à un contenu déjà diffusé, constitue-t-elle un nouvel acte de publication du texte initial faisant à nouveau courir le délai de la prescription trimestrielle prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ?* »⁷². La Haute juridiction a refusé de livrer une réponse abstraite : « *La demande (...) suppose un examen des circonstances de l'espèce, notamment de la nature du lien posé et de l'identité de l'auteur de l'article, comme de son intention de mettre à nouveau le document incriminé à la disposition des utilisateurs* »⁷³.

Il est donc envisageable, si les circonstances de l'espèce s'y prêtent, qu'il y ait nouvelle publication par création d'un hyperlien. Une question similaire mériterait d'être posée à propos de la diffusion d'un contenu par partage. Il est dommage que la Cour, sous prétexte qu'il n'y a juridiquement pas lieu à avis, livre les critères qu'elle estime pertinents sous la forme d'une simple esquisse quelque peu sibylline. À propos de la nature du lien, nous renverrons à la discussion menée par la Cour suprême du Canada et déjà évoquée à plusieurs reprises. S'agissant de l'identité de l'auteur du lien nouveau, deux cas de figures sont envisageables. Première possibilité : c'est l'auteur du contenu initial lui-même qui en fait la promotion par l'intermédiaire d'un lien nouveau, ou qui partage ou cite ses propres propos. Le juge devra se demander si cela équivaut à répéter le propos illicite. Un individu qui imprimerait, dans chaque livraison d'un magazine hebdomadaire, les mêmes affirmations diffamatoires, serait considéré à chaque fois comme l'auteur d'une nouvelle publication et ferait courir un nouveau délai de prescription. Un individu qui, sur Facebook, posterait chaque semaine un lien vers l'un de ses anciens articles, ne devrait-il pas être traité de même ? La question est délicate. Deuxième possibilité : c'est un tiers qui crée un lien vers ou partage le contenu illicite,

71 En revanche, hors droit de la presse, certaines infractions susceptibles d'être commises sur internet sont qualifiées par la jurisprudence d'infractions continues : la prescription ne court pas tant que le message est accessible. V. not. sur ce point J. HUET et E. DREYER, *Droit de la communication électronique*, LGDJ, 2011, n° 110. Le Gouvernement semble réfléchir à un basculement plus général du droit de l'internet hors de la loi de 1881. La Commission nationale consultative des Droits de l'Homme dans un rapport du 12 février 2015 (<http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-la-lutte-contre-les-discours-de-haine-sur-internet>) met en garde contre la tentation de restreindre trop largement la liberté d'expression.

72 Avis n° 15008 du 26 mai 2014.

73 Ibid. La Cour en conclut qu'il n'y a pas lieu à avis, cette procédure visant à lui permettre de prendre une position de principe sur une question de droit.

des semaines, des mois ou des années après sa publication. Il est clair que l'auteur initial ne peut pas se le voir reprocher : à son égard, aucun délai nouveau ne doit courir. S'agissant de l'internaute-relais, il faudra se demander, comme nous l'avons fait précédemment, s'il commet lui-même l'infraction, par exemple par son adhésion aux propos diffamatoires, injurieux ou racistes. Si la réponse est positive, le propos doit être considéré comme publié une nouvelle fois, en ayant un nouvel auteur. Si l'analyse conduit vers un partage neutre de type « note de bas de page », l'infraction n'est pas commise, et le propos ne peut être considéré comme ayant été publié à nouveau.

Certes, les défenseurs les plus acharnés de la liberté d'expression préféreraient que seul le critère de la première publication puisse être retenu, et que la prescription acquise ne puisse jamais redémarrer. Mais cela ouvrirait la voie à toutes sortes de stratagèmes. Sur Twitter, par exemple, il suffirait de lancer une recherche par mot-clé pour tomber inmanquablement sur n'importe quel type de propos injurieux ou incitant à la haine à l'encontre de minorités, de religions ou d'orientations sexuelles : la bibliothèque de l'horreur y est déjà d'une infinie richesse. Il suffirait alors de partager des messages vieux de quelques années pour s'assurer une totale impunité. Cela reviendrait à hurler des propos antisémites dans la rue en prétendant citer un vieux livre. Dans certains contextes, la prétendue diffusion est un procédé grossier qui dissimule mal l'adhésion personnelle au propos initial : il faut alors en assumer les conséquences. Quels sont ces contextes ? Pour frustrante que soit cette réponse, il n'est pas possible de le déterminer de manière abstraite.

2 - Le statut des plateformes exploitant les réseaux sociaux

Le second obstacle qu'il nous faut examiner se dresse face aux victimes d'abus de la liberté d'expression qui chercheraient à agir directement contre les exploitants des réseaux sociaux. Une telle action ne semble pas illégitime. Si les propos nauséabonds se déversent en cascade sur ces plateformes, si la maison est mal tenue, n'est-ce pas en partie la faute des propriétaires ? D'un autre côté, on ne peut pas sérieusement attendre des géants du web qu'ils contrôlent spontanément la licéité de l'ensemble des contenus postés par leurs utilisateurs. À titre d'illustration, le chiffre de 500 millions de tweets quotidiens est parfois cité⁷⁴ ! Dès lors, on comprend la position du juge français. La LCEN de 2004 envisage deux statuts dont on s'est demandé, un temps, lequel convenait aux plateformes de réseaux sociaux : l'éditeur, supposé assurer la direction intellectuelle du support numérique, et qui est responsable en permanence du contenu y figurant, et l'hébergeur, prestataire technique dont le rôle bien plus passif consiste essentiellement à fournir aux internautes des moyens

⁷⁴ <http://www.blogdumoderateur.com/chiffres-twitter/>.

d'expression. La jurisprudence française a retenu la seconde qualification⁷⁵. Par conséquent, les Facebook et autres Google+ bénéficient d'un statut protecteur, puisqu'aux termes de la loi elles « (...) ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible »⁷⁶.

Les actions en responsabilité dirigées contre les plateformes en sont rendues plus difficiles. Elles ne sont pas impossibles pour autant : l'exigence d'une réaction « *prompte* » aux signalements de propos illicites effectués par les internautes qui en sont témoins laisse au juge une large marge d'appréciation. Elle pourrait être interprétée très sévèrement. L'absence d'outils permettant de signaler efficacement les manquements devrait être considérée, à elle seule, comme un manquement à ces obligations⁷⁷. À la suite d'une vague d'insultes antisémites et de menaces de viols, Twitter avait annoncé mi-2013 avoir renforcé l'efficacité de ses procédures de signalement⁷⁸. Fin 2014, un nouveau renforcement était annoncé, destiné notamment à mieux lutter contre le harcèlement⁷⁹. Début 2015, un courrier interne à la société, signé par son PDG, filtrait dans la presse : le dirigeant reconnaissait avoir été « *nul* » sur ces questions⁸⁰. Une fois que les outils existent, encore faut-il que les géants de l'internet se dotent des énormes moyens en personnel nécessaires pour traiter les requêtes : une réaction trop lente à une demande de retrait constituerait elle aussi un manquement.

Une vision optimiste de ces procédures de signalement voudrait qu'elles aient mis du temps à mûrir, qu'elles soient montées progressivement en puissance et qu'elles soient sur le point de fonctionner de manière satisfaisante. Après tout, il serait la plupart du temps disproportionné d'agir au civil ou au pénal contre les auteurs de messages illicites : exiger et obtenir le retrait par l'hébergeur serait la plus rapide et la plus raisonnable des sanctions. Mais une autre analyse, plus

75 V. la contribution précitée de V. NDIOR en ouverture de cet ouvrage et les réf. citées, not. TGI Paris, 3ème ch., 25 mars 2009, Lafesse c. Société Myspace Inc., n° 0714719 : « [l]a société Myspace n'intervient pas sur le contenu (textes, images, photos, fichiers vidéo, sons, œuvres musicales, œuvres de l'esprit ou tout autre élément) sauf pour des considérations techniques tels que la compression numérique des fichiers de musique que les membres envoient ». Adde D. DE BELLESCIZE et L. FRANCESCHINI, op. cit., p. 505.

76 Art. 6, I, 2 de la LCEN précitée.

77 Ces procédures de signalement à des sociétés privées ne doivent pas être confondues avec le site mis en place par le Gouvernement pour signaler aux autorités publiques les contenus illicites : <https://www.internet-signalement.gouv.fr/PortailWeb/planets/Accueil!input.action>. Ce site a recueilli plus de 137 000 signalements pour l'année 2014.

78 <http://www.01net.com/editorial/600683/twitter-va-ameliorer-ses-procedures-dalerte-apres-des-menaces-de-viol/>.

79 <http://www.01net.com/editorial/635158/twitter-ameliore-son-outil-de-signalement-pour-lutter-contre-le-cyber-harcèlement/>.

80 <http://www.france24.com/fr/20150205-twitter-est-nul-harcèlement-avoue-son-pdg-dick-costello-trolls-lindy-west-anita-sarkeesian/>.

inquiétante, peut être développée. Les procédures permettant d'exiger des grandes sociétés du net qu'elles retirent des contenus se multiplient : sur le fondement du droit à l'oubli, de la violation de droits de propriété intellectuelle, d'abus de la liberté d'expression. Or, on éprouve un certain malaise à l'idée que Google, Apple, Facebook, Twitter constituent une nouvelle police privée des modes d'expression⁸¹. De surcroît, après une période de relative inertie face aux signalements, il est à redouter que ces sociétés tombent dans l'excès inverse : dans le doute - faute de moyens humains suffisants pour tout analyser avec précision - , on retirera le plus vite possible tout contenu signalé. Ne pas le faire, ce serait s'exposer à des sanctions et s'attirer l'antipathie du public. À l'inverse, on ne court pas grand risque à censurer sans raison valable un message ou une vidéo postés sur un réseau social : que fera l'internaute réduit au silence ? Il agirait en responsabilité civile ? Mais de quel préjudice sérieux pourrait-il justifier ? Les pouvoirs publics français risquent de fermer les yeux sur ces excès de zèle, car la véritable alternative à cette privatisation des contrôles, c'est une allocation suffisante de moyens aux services de police et aux magistrats de l'ordre judiciaire.

B - Les obstacles pratiques

Les obstacles dont il sera question ici ne sont pas de nature juridique : pour cette raison, ils n'appelleront pas de développements aussi substantiels. Ils méritent toutefois d'être brièvement cités, car leur importance pratique est incontestable.

1.- L'anonymat des internautes

Dans quelques cas, nous l'avons dit, l'expression sous pseudonyme peut jouer un rôle dans la détermination du caractère fautif ou non d'un contenu posté sur un réseau social. La plupart du temps, l'anonymat joue un tout autre rôle : la victime injuriée par un individu qui dissimule son identité, par exemple, aura davantage de mal à obtenir réparation. Remarquons cependant, d'abord, que le pseudonyme ne fait pas obstacle aux procédures de signalement privées dont il vient d'être question : la plateforme de réseau social n'a pas besoin de connaître la véritable identité de l'internaute pour retirer un message injurieux, ou pour suspendre provisoirement ou définitivement son compte utilisateur. En revanche, cet anonymat rendra les poursuites civiles ou pénales plus laborieuses. Si la victime est suffisamment pugnace, comme l'a été *L'Union des Etudiants Juifs de*

81 Ce danger est souligné dans le rapport précité de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme. Par ailleurs, ce rapport suggère au Gouvernement d'amender la LCEN en créant, à la charge de certains prestataires, « une obligation de détection préventive (proactive) des contenus susceptibles de constituer une infraction relative aux abus de la liberté d'expression , les prestataires étant techniquement plus outillés que les internautes pour détecter les contenus illégaux, notamment par le biais d'algorithmes basés sur les vecteurs sémantiques et les contextes » (p. 15).

France il y a quelque temps, elle demandera à un juge des référés qu'il ordonne au réseau social la fourniture des informations de connexion nécessaires pour remonter jusqu'à l'agresseur⁸². Une telle procédure ne permettra que de recueillir des adresses IP⁸³, ce qui imposera ensuite de se tourner vers les fournisseurs d'accès à internet qui, seuls, peuvent relier ces séries de chiffres à l'identité civile d'un ou de plusieurs individus. Ces investigations sont longues, pénibles, elles ont un coût. C'est un facteur de découragement pour certaines victimes. Il pourrait même dissuader le ministère public d'engager des poursuites, hors des cas les plus graves, si on le combine avec un autre paramètre : l'extrême abondance des violations de la loi.

2 - L'abondance de contenus illicites

Cette étude s'ouvrait sur des propos du ministre de l'intérieur regrettant « *l'absence de régulation* » d'internet du point de vue de la liberté d'expression. Pourtant, nous l'avons longuement rappelé, les instruments juridiques ne manquent pas. Mais dans la bataille du fait contre le droit, le second plie parfois. Les abus de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux sont un phénomène massif, écrasant. Les policiers sont débordés, le parquet submergé, les juridictions dépassées. Que le droit soit partiellement et même largement inefficace n'est pourtant pas un phénomène nouveau. Des dizaines de milliers d'injures sont prononcées chaque jour dans les bars, les cours de récréation, dans les bureaux, sans être poursuivies. Mais sur internet, le caractère écrit et la violence parfois extrême de ces débordements rendent l'absence de sanction juridique plus difficile à accepter. Faut-il se contenter des initiatives privées ? Des politiques internes de censure adoptées par les plateformes ? Des assignations devant les juridictions civiles ou des constitutions de parties civiles devant les juridictions pénales par une minorité de victimes très motivées, grandes sociétés et associations défendant des intérêts sectoriels ? Non : le ministère public, représentant l'intérêt général, doit prendre toute sa place. Puisqu'il n'a pas les moyens d'être partout, il doit choisir ses combats, puis rendre ces choix publics. Le *Crown Prosecution Service* britannique a ainsi publié ses *Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media*⁸⁴. Il y expose de manière très détaillée quelles sont les affaires qui feront prioritairement l'objet de poursuites publiques : menaces crédibles de violence contre les biens ou les personnes, harcèlement, propos violemment offensants... En France, il est probable que des circulaires ont été adressées aux parquets sur ces questions, mais le Gouvernement ne semble pas avoir saisi l'occasion d'afficher publiquement son volontarisme et ses priorités en la matière, si l'on excepte le bref et

82 TGI Paris, ordonnance de référé du 24 janvier 2013, UEJF contre Twitter.

83 Identifiant chiffré attribué à un point d'accès à internet.

84 http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/communications_sent_via_social_media/, version du 20 juin 2013.

impressionnant épisode des poursuites pour apologie du terrorisme, à la suite des attentats de janvier 2014⁸⁵. Légiférer encore n'aurait que peu d'intérêt⁸⁶. Pour que s'impose un équilibre à la française en matière de liberté d'expression sur internet, les instruments existent. Des moyens pour la police et la justice, une politique pénale claire et la sagesse du juge : voilà tout le nécessaire.

85 V. la circulaire du Garde des sceaux du 12 janvier 2015, dont l'objet était : « Infractions commises à la suite des attentats terroristes commis les 7, 8 et 9 janvier 2015 ».

86 Nous avons déjà évoqué le projet consistant à soustraire l'expression sur internet à la loi de 1881, comme cela a déjà été fait pour l'apologie du terrorisme. Sur ce dernier point, V. les critiques de Maître Eolas, « Le juge et la guêpe », Dalloz actu., 28 janv. 2015, notamment la possibilité d'organiser des comparutions immédiates pour des dossiers qui mériteraient d'être traités froidement.