

Collectivités territoriales

Collection
LAMY
COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES

Transfert de compétences en matière de transport scolaire urbain : un contentieux clarifié au prix de la complexité

Par William GILLES

Possibilité pour le juge de soulever l'exception d'illégalité d'un arrêté de péril devenu définitif

Par Pierre SIFFRE

Compétence problématique en cas de litige relatif à la requalification d'un contrat aidé verbal

Par Emmanuel AUBIN

COLLOQUE

10^e journée d'étude de l'observatoire SMACL
E-déontologie des fonctionnaires
et e-réputation des élus : les atteintes
à l'honneur et au devoir de réserve à l'heure
de Facebook et des réseaux sociaux

Paris > 6 octobre 2011

74



Lamy

une marque Wolters Kluwer

E-déontologie des fonctionnaires et e-réputation des élus : les atteintes à l'honneur et au devoir de réserve à l'heure de Facebook et des réseaux sociaux

6 octobre 2011 > 10^e journée d'étude de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale

Du fonctionnaire qui crée un blog, se revendiquant de *Wikileaks*, dans lequel il dénonce des faits de corruption, à l'agent qui prend publiquement position dans un forum contre la politique menée par la majorité municipale, sans oublier le fonctionnaire qui livre ses états d'âme sur son mur *Facebook* en écorchant le maire, ou qui poste des messages à caractère politique ou confessionnel en signant avec son adresse électronique professionnelle, les occasions d'atteintes au devoir de réserve et au principe de neutralité du service public sont aujourd'hui démultipliées. Sans que nécessairement les jeunes générations de fonctionnaires, qui ont toujours baigné dans l'ère du numérique et des NTIC, aient conscience d'avoir franchi la ligne jaune.

Manifestement la déontologie du fonctionnaire est bousculée par la révolution du web 2.0. Ne parle-t-on pas d'ailleurs d'« e-déontologie », comme si aux côtés des règles de déontologie usuelles, se développait une déontologie électronique parallèle ? Le devoir de réserve a-t-il d'ailleurs encore du sens ou à l'heure des réseaux sociaux et de la volonté de totale transparence qui les anime ?

Face à ce tourbillon du web. 2.0, comment réagissent et se positionnent les collectivités et les élus ? Voient-ils les réseaux sociaux uniquement comme une menace ou les utilisent-ils aussi comme outils de communication ? Comment les élus et les collectivités peuvent-ils protéger efficacement leur e-réputation ? Quels sont les pièges à éviter et les meilleures stratégies de riposte ? Les magistrats et les journalistes puisent-ils leurs sources sur la toile ? Les réseaux ont-ils bousculé leurs méthodes de travail et d'investigations ?

56 > Allocution de Michel PAVES

Président du conseil de Surveillance de SMACL Assurances

1^{RE} PARTIE : E-DÉONTOLOGIE DES FONCTIONNAIRES

57 > La déontologie : de la morale à l'éthique en passant par le Droit

Par Jérôme CERNOÏA, Expert-conseil en éthique appliquée à l'ENSOSP

61 > L'« e-déontologie » comme renouveau des questionnements déontologiques ?

Par Samuel DYENS, Directeur Général Adjoint des Services du Conseil Général du Gard, Chargé d'enseignement à l'Université de Nîmes, Association des Juristes des Collectivités Territoriales (AJCT)

65 > La neutralité du service public à l'épreuve des réseaux sociaux et des TIC

Par Olivier GUILLAUMONT, Conseiller juridique Région PACA

70 > Les chartes internes : un outil efficace de modération ?

Par Samuel DYENS, Directeur Général Adjoint des Services du Conseil Général du Gard, Chargé d'enseignement à l'Université de Nîmes, Association des Juristes des Collectivités Territoriales (AJCT)

7^E PARTIE : E-RÉPUTATION DES DÉCIDEURS PUBLICS

73 > Diffamation et injures sur internet : quel arsenal juridique ?

Par Laurent FABRE, Magistrat, vice-Président du Tribunal de grande instance de Nîmes

76 > Diffamation et injure sur internet : quel arsenal juridique ? Comment riposter aux attaques anonymes ? Comment protéger son e-réputation ? Quels pièges à éviter ?

Par M^e Didier SEBAN, Avocat associé SCP Seban & associés et Michaël GOUPIL, Avocat collaborateur SCP Seban & associés

82 > Quels sont les conseils prodigués aux élus ?

Par Annick PILLEVESSE, Responsable du Département du conseil juridique et de la documentation de l'AMF

83 > Interview d'Yves AGNÈS, journaliste, ancien rédacteur en chef du Monde, ancien Directeur du Centre de formation professionnelle des journalistes (CFPJ), Président de l'APCP, Association de préfiguration d'un Conseil de presse

Par Bruno LEPRAT, journaliste

Par Didier SEBAN

Avocat associé
SCP Seban & associés



et Michaël GOUPIL

Avocat collaborateur
SCP Seban & associés



Diffamation et injure sur internet : quel arsenal juridique ? Comment riposter aux attaques anonymes ? Comment protéger son e-réputation ? Quels pièges à éviter ?

Principal vecteur de notre révolution technologique contemporaine, Internet représente, malgré les nombreux avantages apportés par ce moyen rapide et moderne de communication, un outil d'information largement incontrôlable au regard, notamment, de la quantité des sites existants dans le monde entier.

Par suite, lorsque les infractions pénales de diffamation ou d'injures publiques ont commencé à prendre pour support cet outil électronique, un constat s'est immédiatement imposé : la diffusion publique des messages attentatoires à l'honneur et à la considération ainsi véhiculés, aggrave considérablement le préjudice que subissent nécessairement les personnes visées par de tels propos. En effet, ce mode de diffusion décuple le nombre des destinataires de ces messages et multiplie exponentiellement, et à grande vitesse, leur diffusion.

Par conséquent, dès lors qu'Internet, les sites personnalisés (blogs), les sites de partage (forums, réseaux sociaux) représentent un danger accru pour la réputation d'autrui, le législateur ne manque pas de s'y intéresser avec rigueur.

I – LES TEXTES APPLICABLES

L'arsenal légal comprend pour l'essentiel :

A.– La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Pilier de notre démocratie moderne, votée sous la III^e République au lendemain du régime libéricide du Second Empire, cette loi énumère les différentes infractions pénales touchant à la liberté d'expression.

Les incriminations qui y sont définies suivent un régime juridique répressif dérogatoire du droit commun, essentiellement à raison du mode particulier de commission des faits, savoir une « diffusion » par l'un des procédés de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881.

Cette diffusion peut ainsi s'accomplir via Internet, lequel constitue l'un des « moyens de communication au public par voie électronique » au sens de l'article 23 de ladite loi, telle que modifiée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

Les infractions les plus connues, les plus commises également, sont la diffamation ou l'injure publique.

1) La diffamation publique

Elle se définit comme l'imputation de faits précis portant atteinte à l'honneur et à la considération (pour la définition générale : L. 29 juill. 1881, art. 29).

Elle réprime :

- soit l'imputation de commission d'une infraction pénale, telles que des attaques portées contre un élu de la République accusé de pédophilie, ou encore de détournement de fonds, de corruption ou de trafic d'influence ;
- soit l'imputation de commission de faits qui ne constituent pas nécessairement une infraction, telles que des attaques

portées contre un maire d'être membre d'un réseau mafieux, ou contre un directeur d'Office public de l'habitat accusé de recourir à des pratiques managériales tyranniques ou inhumaines.

2) L'injure publique

Elle se définit comme une allégation de faits non précis portant atteinte à l'honneur et à la considération (pour la définition générale : L. 29 juill. 1881, art. 29 al. 2).

Ce délit sanctionne ainsi des invectives contre un maire et son adjointe d'être « des voleurs et des menteurs », des insultes portées contre une sociétaire d'association de lutte contre le racisme d'être une « nidoreuse pouffiasse ».

B.– La loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

Telle que modifiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cette loi :

- précise l'obligation, pour tout site Internet, d'avoir un directeur de publication, personne physique (L. n° 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-2). Cette obligation est d'importance, puisque le directeur de publication constitue l'une des personnes physiques dont il sera possible de rechercher la responsabilité, en cas d'anonymat de l'internaute, auteur du message attentatoire à l'honneur et à la considération ;
- fixe les conditions d'engagement de la responsabilité pénale personnelle des intervenants du Net (internaute auteurs du message ; directeur de publication ; producteur du site...), conformément aux dispositions de l'article 93-3 de la loi.

C.– La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 dite « LCEN » (loi de confiance dans l'économie numérique)

Ce texte légalise à nouveau l'application de la loi du 29 juillet 1881 à la communication en ligne (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6 V) et règle les conditions d'engagement de la responsabilité pénale et civile des hébergeurs (stockeurs de contenu Internet).

La loi protège donc pénalement les agents publics, les fonctionnaires, les élus, les particuliers, les salariés, les employeurs, de tout message dont la teneur constitue une infraction de presse (dont la diffamation et l'injure).

II – LES PROBLÉMATIQUES

La question de la protection de la e-réputation pose de sérieuses difficultés pratiques et demeure, en tout état de cause, particulièrement prégnante en cas de diffusion anonyme, sur des sites, blogs, forums de discussion (politiques ou syndicaux) ou sur les réseaux sociaux, de messages contraires à l'honneur et à la considération.

Par conséquent, en cas de mauvaises découvertes, quels moyens de riposte sont offerts aux victimes ; comment protéger son *e-réputation* et quels pièges sont à éviter ?

A.- Sur les moyens de riposte offerts aux victimes de messages attentatoires à l'honneur ou à la considération

Deux voies procédurales sont principalement ouvertes aux victimes : le procès pénal/civil et le référé.

1) Le procès pénal ou civil

Principe

Lorsque l'internaute, auteur du message, ou le directeur de publication du site Internet litigieux, sont identifiables, les procès pénal ou civil peuvent, par principe, être respectivement ouverts sur citation directe ou sur assignation. Il s'agira pour la victime d'obtenir réparation par l'allocation de dommages et intérêts.

Toutefois, en cas d'anonymat de l'auteur du message, la plainte avec constitution de partie civile demeure la voie procédurale la plus opportune et la moins périlleuse en termes de risque de relaxe.

La justice dispose en effet de moyens d'investigations techniques permettant de rechercher et d'identifier les personnes responsables, notamment auprès des hébergeurs. Ajoutons que l'hébergeur doit communiquer, sur réquisitions judiciaires, l'identité de quiconque a contribué à la création du contenu Internet litigieux (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6 II al. 1).

Par suite, sur commission rogatoire délivrée à des brigades de police ou de gendarmerie spécialisées, le juge d'Instruction diligente différentes investigations techniques permettant d'obtenir, par exemple :

- l'identité physique, adresse et coordonnées de l'utilisateur de l'adresse électronique avec laquelle l'internaute diffamateur a mis en ligne son message ;
- l'identité physique, adresse et coordonnées de l'internaute, titulaire de l'adresse *Internet Protocol* qui s'est connectée au site incriminé. Rappelons, en tant que de besoin, que l'adresse IP est numéro d'identification qui est attribué à chaque branchement d'appareil à un réseau informatique utilisant l'*Internet Protocol*. Il importe de souligner que l'efficacité d'une telle mesure d'enquête peut apparaître limitée, du moins lorsqu'elle est diligentée auprès des fournisseurs d'accès, puisque ceux-ci ne peuvent pas stocker pendant plus d'un an les adresses IP de leurs clients ;
- la confirmation de l'identité du directeur de publication du site Internet litigieux ;
- la confirmation que l'internaute mis en examen assume la paternité du message incriminé.

L'information judiciaire s'achève par une ordonnance du juge d'Instruction, laquelle peut être une ordonnance de renvoi devant le Tribunal Correctionnel ou une ordonnance de non lieu.

Au demeurant, aussi utile qu'elle puisse apparaître, la procédure d'instruction ou d'information judiciaire n'en est pas moins longue et ne donne pas à la victime la maîtrise des poursuites quant aux personnes qu'elle entendrait vouloir mettre en cause.

Lorsqu'il est saisi sur ordonnance du juge d'instruction ou sur citation directe, le tribunal correctionnel aura pour tâches essentielles de se prononcer sur la culpabilité des personnes responsables, sur la peine (amende ou emprisonnement) à leur infliger, et sur le montant des dommages et intérêts qui seront alloués à la victime.

Lorsque la victime n'entend agir que devant le juge civil, le tribunal de grande instance statuera sur le principe d'une faute civile de diffamation ou d'injure, et allouera à la victime des dommages et intérêts.

Il importe de noter que la victime peut toujours demander que le jugement ou l'arrêt de condamnation du directeur de publication ou de l'internaute, auteur du message incriminé, fassent l'objet d'une publication aux frais de ces derniers.

Le problème du site « off shore »

Qu'en est-il lorsque le site diffamatoire, rédigé en français, est dit « off-shore », c'est-à-dire lorsque son hébergeur, son responsable ou l'internaute auteur du message, sont domiciliés à l'étranger ?

La loi pénale et le juge répressif français demeurent par principe compétents :

- lorsque la mise en cause a eu lieu sur le territoire national (C. pén., art. 113-2 du Code pénal). Le juge pénal français sera compétent si la diffusion est constatée en France, c'est-à-dire en pratique au moyen d'un exploit d'huissier français ;
- ou lorsque l'internaute ou l'hébergeur sont français (C. pén., art. 113-6 ; cas d'une infraction commise à l'étranger par un français). Cette hypothèse peut apparaître résiduelle dans la mesure où il suffirait de faire constater une diffusion en France pour justifier la compétence du juge français ;
- ou lorsque que la victime est française (C. pén., art. 113-7 ; cas des infractions commises hors du territoire national par un français ou un étranger). Cette hypothèse peut, dans les mêmes termes, apparaître également résiduelle. En outre, ces dispositions du Code pénal présentent le grave inconvénient de faire échapper à la répression ceux des délits d'injures et de diffamations publiques qui ne sont pas punis par une peine d'emprisonnement délictuelle. Établir la compétence du juge pénal français au visa de ces dispositions paraît ainsi peu opportun. Au demeurant, en cas d'anonymat de l'internaute diffamateur, l'hébergement à l'étranger (par des français ou des étrangers) peut poser des difficultés en termes d'identification des intervenants du Net. Le succès de l'information judiciaire va dépendre :
 - du degré de coopération pénale internationale existant entre la France et le pays étranger d'hébergement ;
 - du degré de protection offerte par la loi étrangère aux ressortissants français victimes d'un site hébergé à l'étranger.

Modalités de poursuites des personnes responsables

L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, article jugé conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 16 sept. 2011 ; JO 17 sept., p. 15601), fixe les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des intervenants du Net, notamment :

- celles du directeur de publication du site internet incriminé, lequel est poursuivi en qualité d'auteur du délit de diffamation ou d'injure (car c'est lui qui a permis la diffusion du message incriminé) ;
- celles de l'internaute, auteur du message, poursuivi en qualité de « complice » spécial du directeur de publication. Il ne sera jugé comme auteur du délit que si le directeur de publication n'est pas poursuivi ou ne peut être juridiquement poursuivi.

Ces modalités procédurales n'ont, en pratique, aucune incidence. Toutefois, il importe de relever que la voie de la

plainte avec constitution de partie civile ne donne pas à la victime agissante la maîtrise de la personne qu'il souhaite attirer en justice.

En effet, il est dit que le juge d'instruction est saisi des faits (saisine *in rem*) et non contre des personnes (saisine *in personam*) ; si le juge d'instruction ne peut instruire d'office (s'auto-saisir) sur des faits non visés dans l'acte initial de sa saisine, il peut en revanche instruire à l'encontre de toutes personnes, même celles qui n'auraient pas été initialement désignées dans ce même acte.

Par suite, le magistrat instructeur garde, seul, la maîtrise des personnes qu'il entend renvoyer devant le tribunal correctionnel.

Dès lors, à titre d'exemple, une plainte avec constitution de partie civile contre le seul internaute ne saurait exclure la faculté, pour le juge d'instruction, de renvoyer également le directeur de publication, ou tout autre complice, devant le Tribunal Correctionnel. Or, cette donnée juridique peut s'avérer dans certains cas fâcheuse, lorsque – pour des raisons qui lui sont propres – la victime ne souhaitait initialement agir qu'à l'encontre du seul internaute.

Pièges à éviter

Le régime juridique prévu par la loi du 29 juillet 1881, telle que modifiée en 2004, est particulièrement complexe et exigeant, dans la mesure où ce droit regroupe toutes les exceptions à la liberté d'expression, principe indispensable à une société fondée sur des bases démocratiques.

Il nécessite donc de la part des victimes et des praticiens du droit une rigoureuse et vigilante attention de tout instant.

Il convient ainsi d'éviter de se débrouiller seul, sans avocat maîtrisant le droit de la presse, le ministère d'avocat n'étant pas obligatoire en matière correctionnelle ; toutefois, la validité des poursuites judiciaires est soumise à des conditions de forme et de procédure particulièrement pointilleuses. L'erreur est sanctionnée par le juge pénal par la nullité de la poursuite (vice de procédure). Dès lors, le premier piège à éviter est de diligenter une procédure sans avocat maîtrisant *a minima* cette matière.

De même, il ne faut pas attendre plus de 3 mois après la mise en ligne pour agir en justice. La prescription en matière d'infractions de la loi du 29 juillet 1881 est, en principe, de 3 mois à compter de la publication du message, délai au-delà duquel aucune poursuite (pénale comme civile) ne peut plus être envisagée (L. 29 juill. 1881, art. 65). Certains délits, comme les diffamations ou injures publiques à caractère racial, sont prescrits par un délai plus long, savoir un an (L. 29 juill. 1881, art. 65-3).

Il convient ainsi de faire particulièrement attention aux fausses idées ou aux apparences trompeuses. Quelle que soit la durée du délai de prescription, les infractions de presse commises sur Internet sont dites « instantanées », par opposition aux infractions dites « continues ».

L'infraction de presse commise sur Internet n'est donc pas une infraction « continue » qui s'accomplirait tant qu'aurait lieu la mise en ligne (et qui ferait reculer avantageusement le point de départ de la prescription à la date du retrait du message du site incriminé). La doctrine majoritaire et la jurisprudence s'opposent à une telle qualification, en expliquant que celle-ci pourrait conduire à l'imprescriptibilité des infractions commises sur Internet, ce qui serait difficilement envisageable d'un point de vue constitutionnel.

On notera alors que le caractère « instantané » des infractions de presse par voie électronique pose un véritable problème au plan de la protection de la *e-réputation*. En effet, la découverte, plus de 3 mois (ou 1 an) après la mise en ligne, d'un message diffamatoire ou injurieux prive la victime de toute action en réparation. Cet état de fait, souvent préjudiciable pour les victimes ainsi dépourvues de tout moyen de riposte, devrait obliger notre législateur à consacrer de manière efficiente un « droit à l'oubli ».

Il faut également éviter le dépôt d'une plainte simple au commissariat ou auprès du procureur de la République. Il importe de relever que de telles démarches sont, en elles-mêmes, totalement inefficaces pour interrompre la prescription. Tout au plus peuvent-elles conduire, le cas échéant, le procureur de la République à prendre des réquisitions utiles en la matière.

Par suite, si la voie de la plainte simple auprès du parquet peut être utilisée par la victime, elle doit l'être (en cas de diffamation ou d'injure) avec beaucoup de prudence ou de circonspection, car ces modalités procédurales d'action en justice ne sont effectivement pas sans risque.

En effet, en raison de l'engorgement des services du parquet, il n'est pas exclu que des réquisitions d'enquête soient prises tardivement après l'écoulement du délai de 3 mois. Dans ce cas, l'infraction est prescrite et le Procureur classera le dossier sans suite. La prescription étant acquise, la victime ne pourra même pas saisir un juge d'Instruction pour se constituer partie civile auprès de lui.

Dès lors, si cette voie de droit peut être utilisée par la victime, elle supposera une interaction constante et réelle avec les services du procureur de la République.

Il convient également de noter que cette procédure (contrairement à l'Information judiciaire) ne permet à la victime ni suivre l'évolution de l'enquête (avant sa clôture), ni de surveiller efficacement le délai de prescription en déposant, au besoin, des actes utiles qui interrompent la prescription tous les 3 mois.

Par conséquent, en déposant une plainte simple au commissariat ou auprès du parquet, la victime s'en remet entièrement aux diligences du procureur. Si ce dernier manque à ses obligations et ne surveille pas attentivement la prescription, la victime ne pourra plus agir. Il lui sera, de surcroît, reproché de ne pas avoir agi et pallié la carence du parquet, notamment par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile.

Il faut éviter de penser que le constat d'huissier, missionné par la victime pour constater l'infraction sur Internet, interromprait la prescription.

Préalablement au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, ou d'une citation directe, il peut s'avérer particulièrement opportun de missionner un huissier de justice, dans la mesure où un tel constat permettra ainsi de faire constater, par un tiers objectif, la matérialité des faits. Bien que la preuve soit libre en droit pénal, il est constant que « *Nul ne peut se faire de preuve soi-même* ».

Le constat constituera donc une preuve non seulement recevable devant un juge pénal, mais encore une preuve protégée par la valeur « authentique » que la qualité de l'huissier lui confère. Les constatations ainsi matérialisées par l'exploit feront foi jusqu'à inscription de faux.

C'est dire que les prévenus ne pourront quasiment jamais se défendre en indiquant que le site n'existait pas.

Le recours à un huissier permettra également de déterminer la compétence territoriale du juge d'instruction.

Il faut malheureusement admettre que certains tribunaux ne sont pas suffisamment spécialisés dans le droit de la presse. Dans la mesure où une diffusion sur le Net revêt une dimension internationale, et donc nationale, elle laisse à la victime une place très utile pour le *Forum Shopping*, c'est-à-dire le « Marché du Juge ».

Ainsi, puisque l'infraction de presse sur Internet peut être constatée partout en France, la victime peut choisir n'importe quel tribunal français auprès duquel elle envisage de porter sa cause. Il lui sera donc permis de choisir les tribunaux les plus réputés pour leur compétence ou pour la qualité exemplaire de leurs jugements.

Dès lors, il suffit de diligenter un huissier compétent dans le ressort du tribunal choisi par elle, pour justifier la compétence territoriale de ce dernier.

Dans ce cadre, la victime doit, une fois de plus, se garder des apparences trompeuses : en aucun cas, l'exploit d'huissier n'a de force interruptive de prescription. Et en aucun cas, le délai de prescription ne court à compter de cet exploit.

Il ne faut pas agir contre le seul directeur de publication d'un site Internet (dans le cas où l'internaute ne serait pas identifiable) par la voie de la citation directe :

La citation directe dirigée contre le seul directeur de publication peut s'avérer particulièrement dangereuse, eu égard aux critères d'engagement de la responsabilité pénale de celui-ci, soit en qualité d'auteur du délit, soit en qualité de producteur du site incriminé (L. n° 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-3), soit en qualité de complice de droit commun (C. pén., art. 121-6 et 121-7).

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

Le danger procède justement de la difficulté pour la victime d'apporter la preuve d'une « fixation préalable » au sens de l'article 93-3 précité ; or, la définition de cette notion reste pour l'heure largement incertaine, bien que l'on puisse, en pratique, déduire qu'il y aurait fixation préalable lorsqu'un site reproduit (à la virgule près !) le message incriminé diffusé par un autre site.

À défaut de preuve d'une fixation préalable, la partie civile ne pourra engager la responsabilité du directeur de publication, sauf à solliciter la condamnation de ce dernier en qualité de « producteur » du site Internet, au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

Toutefois, la partie civile doit être en mesure de démontrer cumulativement – ce qui n'est pas toujours le cas – que :

- le directeur de publication a été le créateur du site litigieux ;
- qu'il dispose d'une maîtrise éditoriale en qualité d'animateur du site ;
- qu'il a eu connaissance au message avant sa mise en ligne et qu'il a validé la publication, puisque l'engagement de sa responsabilité pénale ne saurait être automatique (Cons. const., 16 sept. 2011 ; JO 17 sept., p. 15601).

Par ailleurs, on notera que si un directeur de publication pourra, en l'absence de fixation préalable, être poursuivi

comme complice de droit commun, conformément aux dispositions des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, l'engagement de sa responsabilité pénale ne se fera également pas de plein droit.

En effet, il n'existe pas de complicité par négligence ou par abstention, de sorte qu'il importe d'établir, sur le chef du complice, un acte positif d'aide ou assistance à l'auteur principal, commis volontairement ou en connaissance de cause. Le danger d'une citation directe procède alors de la difficulté à démontrer que le directeur de publication, seul cité à l'audience, a pu valider, avant mise en ligne, le contenu du message diffamatoire ; faute d'une telle démonstration, la relaxe sera certaine.

Il convient de ne pas agir prématurément contre le directeur de publication d'un blog, d'un forum ou de site de réseaux sociaux. La réforme de 2009 a instauré un régime dérogatoire de responsabilité pénale du directeur de publication d'un site mettant à disposition un « espace de contributions personnelles » (L. n° 82-652, 29 juill. 1982, art. 93-3 in fine) : « Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ».

La victime doit donc se garder d'agir prématurément contre le directeur de publication. Ce dernier doit être, préalablement à toutes poursuites, mis en demeure d'avoir à supprimer le contenu du message illicite, notamment par lettre recommandée avec accusé de réception.

Si le directeur de publication retire le message après mise en demeure, celui-ci ne pourra pas voir sa responsabilité pénale engagée. Dans ce cas, seul l'internaute, auteur du message, pourrait être poursuivi et condamné en qualité d'auteur de l'infraction. De telles poursuites nécessiteraient alors que l'auteur du message puisse être identifié et qu'un juge pénal soit à nouveau saisi sous 3 mois à compter de la dernière audience, l'interruption de la prescription ayant eu un effet *erga omnes* (contre tous).

2) L'assignation en référé (juge civil)

Principe

Elle correspond à la saisine d'un juge civil (incompétent pour prononcer une décision de culpabilité et une amende ou une peine d'emprisonnement), aux fins de suppression de la publication litigieuse, voire (dans certains cas) aux fins d'allocation d'une provision.

Cette procédure apparaît assez limitée en matière d'infraction sur Internet, compte tenu de la rediffusion exponentielle pouvant être faite sur de multiples autres sites.

Modalités procédurale

La victime d'une infraction de presse peut recourir :

- aux référés de droit commun, dont le plus connu est celui du référé dit « article 809 », *subordonné à la condition d'un trouble manifestement illicite*. Notons à ce titre qu'une atteinte diffamatoire ou injurieuse n'est pas nécessairement constitutive d'un « trouble » au sens de l'article 809 du Code de procédure civile. Pour autant, ce référé peut avoir un intérêt pratique indiscutable, lorsqu'il importe d'obtenir rapidement

du juge la suppression d'un site Internet xénophobe ou faisant l'apologie de crime contre l'humanité ou la discrimination raciale. Le parquet peut exercer cette voie procédurale (y compris à la demande d'une victime dans le cas où elle ne pourrait assumer seule cette procédure). L'assignation peut être dirigée contre l'hébergeur (s'il a connaissance du litige), qui peut être invité par le juge des référés à préciser dans les dix jours les mesures qu'il compte prendre pour mettre un terme au trouble illicite causé par des pages de nature raciste, et contre l'auteur, disposant du même délai pour rendre impossible leur consultation.

– au référé spécial de l'article 6-I 8° de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, lequel n'est *a priori* pas subordonné à la démonstration d'un trouble manifestement illicite. Le juge judiciaire peut prescrire en référé, ou sur requête, à toute personne mentionnée à l'article 6-I 2° (les prestataires d'hébergement) ou à défaut à toute personne mentionnée au 1° de cet article (les fournisseurs d'accès), toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

B.- Sur les voies non contentieuses offertes aux victimes (les moyens de protection)

1) L'exercice d'un droit de réponse en ligne

Principe

L'article 6-IV de la loi du 21 juin 2004 consacre le principe d'un droit de réponse en ligne, dont le régime diffère selon que le requérant est en mesure ou non de déposer sa réponse sur le site litigieux.

Si le requérant au droit de réponse est en mesure de déposer sa réponse sur le site Internet litigieux, alors la personne qui se prétend diffamée ou injuriée n'est pas soumise à l'envoi d'une lettre recommandée au directeur de publication du site Internet dont il exige l'insertion d'une réponse (D. n° 2007-1527, 24 oct. 2007). Dans le cas contraire, la demande de réponse doit être adressée au directeur de publication, par lettre recommandée AR, ou par voie d'huissier de justice.

Le refus illégal d'insérer une réponse consomme le délit de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 (3 750 euros d'amende).

Palliatif efficace

Lorsque la victime n'entend pas judiciariser les accusations portées contre elle, le droit de réponse constitue une arme particulièrement utile pour démentir des attaques attentatoires à son honneur ou à sa considération.

De nombreuses et diverses raisons peuvent conduire la victime à ne pas se risquer dans un procès pénal ou civil, notamment :

– lorsque, pour des motivations et contingences politiques, un élu attaqué ne veut pas saisir le juge des difficultés relationnelles qu'il rencontre avec l'un de ses agents ou l'un de ses administrés ;

– ou lorsque le risque de relâche apparaît, en l'espèce, trop important voire quasi-certain. Il convient de souligner à ce titre que le droit de réponse n'est pas subordonné à l'existence préalable d'une infraction de presse. Une réponse peut même être exigée d'un directeur de publication, à l'encontre d'un article trop élogieux. Le droit de réponse constitue donc un moyen de protection fort efficace de la *e-réputation*, en ce sens qu'il peut pallier les incertitudes d'une action judiciaire rendue peu opportune, notamment :

– au regard des moyens de défense que pourraient soulever le prévenu (telle que la bonne foi, la polémique politique ou syndicale, le débat d'intérêt général couvert par l'article 10

de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales) ;

– ou en cas d'attaques insuffisamment caractéristiques d'une infraction de presse ;

– ou encore, en cas de doute sérieux sur la qualification pénale exacte à retenir, sous peine de nullité, dans l'acte introductif d'instance.

Pièges à éviter

– un droit de réponse plus long que l'article de mise en cause initial.

– un droit de réponse dont le ton est plus agressif que l'article initial ;

– un droit de réponse qui constitue une vengeance personnelle.

2) La mise en demeure des hébergeurs de contenu

Principe

La victime peut avoir intérêt à mettre en demeure les hébergeurs de contenu Internet. La mise en demeure se fait par lettre recommandée, ou par voie d'exploit d'huissier, mais doit comporter des mentions obligatoires, telles que la description du contenu, la localisation, la copie de la correspondance adressée à l'internaute, ou l'éditeur du contenu, demandant le retrait ou la suppression du message (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6 I 5°).

Utilité pratique

Il existe une obligation pour les hébergeurs d'intervenir pour empêcher l'accès à des contenus manifestement illicites, s'ils ont été mis préalablement en demeure de le faire (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6 I 2°). À défaut, ils engagent leur responsabilité.

Par conséquent, cette mise en demeure constitue un préalable nécessaire pour l'engagement éventuel de leur responsabilité pénale et civile : « *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* » (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6-I, 2 dont les dispositions sont reprises à l'identique à l'article 6-I, 3 en matière de responsabilité pénale).

Google / Dailymotion : Hébergeur ou simple exploitant de moteur de recherches ?

La Cour d'appel de Paris, en 2008, a considéré que la société Google n'était pas l'hébergeur du site ayant diffusé le message diffamatoire litigieux, de sorte que les prescriptions de l'article 6 I 2° de la loi du 21 juin 2004, qui ne visent pas les moteurs de recherche, ne lui étaient pas applicables (CA Paris, 25 janv. 2008, n° 07/07583).

Il est donc inutile de mettre Google en demeure d'avoir à supprimer un message d'un site Internet, dans l'éventualité d'une condamnation pénale ou civile, puisque la société Google France n'a pas la qualité d'hébergeur de contenu.

Par contre, Dailymotion est considéré comme un hébergeur, compte tenu des prescriptions techniques tenant à l'enregistrement d'une vidéo électronique (Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896, Sté Nord-Ouest c./ Sté Dailymotion).

