MICHAËL GOUPIL,
avocat,
cabinet Seban et associés

MATTHIEU HÉNON,
avocat associé,
cabinet Seban et associés

Fléau
Devenu récurrent, le fléau du dénigrement public sur internet frappe aujourd'hui tant les élus locaux que les agents publics.

Signalement
Les modes alternatifs de réaction (signalement, mise en demeure, droit de réponse) pourront être privilégiés, y compris à titre précontentieux.

Procédure
Dans d'autres cas, la procédure judiciaire devra être envisagée de manière exclusive pour plus d'efficacité.

Communication

Dénigrement sur internet : comment réagir

Quelle que soit la nature des communications électroniques, le dénigrement sur internet est un fléau qui sévit surtout depuis le début de la campagne électorale 2020, réseaux sociaux pour témoins. Si les principales personnes visées restent les élus, les fonctionnaires sont aujourd'hui davantage touchés par de telles manœuvres.

Le dénigrement peut recevoir différentes qualifications pénales ou civiles: les infractions de presse (diffamations ou injures) (1), le délit d'outrage (2), l'atteinte à la présomption d'innocence (3), l'atteinte à la vie privée (4), le harcèlement moral numérique (5).

Plusieurs actions contentieuses, au fond comme au provisoire, devant le juge pénal ou le juge civil, sont attachées à ces qualifications et permettent l'interruption, la réparation et la sanction de propos dénigrants. Dans certains cas, le différend est à même d'être résolu – par un retrait, par exemple – avant la mise en œuvre des procédures contentieuses; les victimes peuvent donc avoir un intérêt à prioriser leurs modes d'action, y compris si elles souhaitent répondre dans un temps proche du message source. Toutefois, les actions contentieuses restent souvent la seule option de réponse possible, en tout état de cause en cas d'échec des voies extra-contentieuses.

LA RÉACTION EXTRA-CONTENTIEUSE

Sous certaines conditions ou dans un cadre strictement défini, des mécanismes de signalement/plainte sont mis à disposition de l'agent public, en prélude utile ou nécessaire à l'exercice d'un droit de réponse électronique, voire d'une action judiciaire.

LE SIGNALEMENT AUPRÈS DES INTERVENANTS D'INTERNET OU DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Les protagonistes de presse – directeur de publication et hébergeur, notamment – doivent exercer un certain contrôle sur le contenu des messages qu'ils diffusent ou hébergent. Lorsqu'ils sont identifiables, ils sont donc, par nature, les premiers à pouvoir répondre aux attentes d'une victime; celle-ci pourra également s'adresser aux institutions de contrôle et/ou de régulation de la communication en ligne (Commission nationale de l'informatique et des libertés, Cnil, ou encore l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication, OCLCTIC).

La mise en demeure au directeur de publication

L'article 93-2 alinéa 1er de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 prévoit l'obligation pour tout service de communication au public par voie électronique de désigner un directeur de publication, la question restant en débat sur son application aux réseaux sociaux hébergés par des sociétés de droit étranger. En tout état de cause, seuls les sites édités à partir du territoire français sont soumis aux articles 93-2 et suivants; l'édition électronique à partir de l'étranger ne l'est pas. Le cas échéant, l'élu ou le fonctionnaire victime de dénigrement peut avoir un intérêt à signaler (mettre en demeure) un contenu illicite auprès du directeur de publication du site, car celui-ci peut reconnaître que le message dénigrant mérite in fine sa suppression. Par ailleurs, elle peut constituer un moyen précontentieux précieux, en tout état de cause indispensable, à l'encontre de certains sites si l'internaute dénigré choisissait d'engager la responsabilité du directeur de publication (6).

Si aucun formalisme légal particulier n'est requis à peine de validité de cette mise en demeure, sa mise en œuvre suppose néanmoins d'en évoquer plusieurs dispositions textuelles de nature à optimiser son efficacité.

La mise en demeure à l'hébergeur

L'activité d'hébergement est celle où le prestataire n'a pas joué «un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées», le caractère ou non onéreux étant indifférent (7). Les principaux réseaux sociaux sont considérés comme hébergeurs; il en va de même des moteurs de recherche (8).

Préalable en tout état de cause indispensable pour engager la responsabilité pénale ou civile de l'hébergeur, sa mise en demeure – dont la forme est strictement encadrée par la loi (9) – pourra se montrer efficace

en présence d'un message à caractère «manifestement illicite» et que l'hébergeur acceptera de reconnaître comme tel.

Il convient néanmoins d'être prudent dans l'usage de la notification de contenu manifestement illicite, car la dénonciation abusive est pénalement sanctionnée (10).

Le signalement à la police d'internet

L'OCLCTIC figure parmi les institutions de contrôle et/ou de régulation des publications en ligne, même s'il ne se reconnaît pas comme le «e-17», la police d'internet. Un signalement peut lui être adressé par le biais de la plateforme Pharos (11), chargée de recueillir les signalements de contenus illégaux publiquement mis en ligne (au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881); le support de la mise en ligne est indifférent.

Toutefois, si l'article 1er de l'arrêté du 16 juin 2009 (12) définit largement le contenu susceptible d'être signalé, le guide d'utilisation de la plateforme précise qu'il ne doit pas être utilisé pour les messages constituant «une affaire privée avec une personne que vous connaissez, même si elle utilise internet pour vous nuire». Dès lors, sont en pratique exclus du signalement les messages diffamatoires, injurieux, outrageants ou harcelants, sauf s'ils disposent d'une connotation ou d'un mobile racial, xénophobe ou discriminatoire. Les signalements sont analysés par des policiers et gendarmes. Ils sont, le cas échéant, orientés vers un service d'enquête, voire directement auprès des services du Parquet.

La plainte à la Cnil

Sur la base de l'article 8 I d) de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, la Cnil est compétente pour recevoir une plainte au titre de la violation des règles assurant la protection des données personnelles. Les moteurs de recherche étant considérés comme des traitements de données personnelles (13) soumis aux règles de protection, il existe des leviers d'action contre leurs entités gestionnaires, notamment la demande de déréférencement. En effet, toute personne physique peut exiger du responsable du traitement que soient (notamment) rectifiées, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, dès lors qu'elles sont (notamment) inexactes, incomplètes, équivoques, ou encore périmées.

Une telle demande n'a donc pas pour objet, in fine, d'obtenir la suppression du message dénigrant, mais son déréférencement, c'est-à-dire sa disparition du recensement par les moteurs de recherche.

En pratique, le travail de la Cnil consistera à évaluer si les résultats affichés par ces moteurs sont pertinents compte tenu de l'intérêt du public à y avoir accès, et au regard de nombreux critères (degré de notoriété de la personne, fonctions publiques exercées, nature de la donnée personnelle protégée, durée de mise en ligne, etc.).

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 6.
- Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, art. 93-2 et 93-3.
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, art. 8.
- Loi du 29 juillet 1881, art. 29 à 33.
- Décret n° 2007-1527 du 24 octobre 2007.
- Code pénal, art. 222-33-2-2, 226-1, 433-5.
- Code civil, art. 9, 9-1, 1240.

LA RÉACTION PAR LA DIFFUSION D'UNE RÉPONSE PUBLIQUE

De manière alternative ou préalable à des poursuites pénales ou civiles, il peut également être envisagé l'exercice du droit de réponse en ligne que la loi organise dans un formalisme strict (14), mais néanmoins non conditionné par la caractérisation d'une infraction, y compris de presse, ou d'une faute civile.

À NOTER

Le dénigrement peut recevoir différentes qualifications pénales ou civiles: les infractions de presse, le délit d'outrage, l'atteinte à la présomption d'innocence, l'atteinte à la vie privée, le harcèlement moral numérique.

Les conditions

Le droit de réponse formalisé s'applique aux services dits «de communication au public en ligne», ce qui exclut, par exemple, les services à accès restreint ou limité (intranet) et les services ayant le caractère d'une correspondance électronique privée. Sont également exclues du droit de réponse en ligne les personnes qui, «du fait de la nature du service de communication au public en ligne», peuvent «formuler directement les observations qu'appelle de leur part un message qui les met en cause» (15). Dans ce cadre, la question reste en débat sur la possibilité d'exercer un droit de réponse formalisé sur les réseaux sociaux. Le droit de réponse n'est ouvert qu'aux personnes nommées ou désignées, en tout état de cause, identifiables.

La mise en œuvre

La personne sollicitant une réponse électronique dispose d'un délai de forclusion de trois mois pour présenter sa demande.

Il importe de préciser que l'article 6-III de la loi 21 juin 2004 opère une distinction selon que l'éditeur du site (celui qui crée ou organise le site) est un professionnel ou un non-professionnel.

Lorsque l'éditeur du site est un professionnel, la demande d'insertion est présentée directement au directeur de publication; quand l'éditeur n'est pas un professionnel, la demande d'insertion est présentée par écrit au fournisseur d'hébergement, lequel dispose d'un délai de 24 heures pour la transmettre au directeur de publication du site.

Le directeur de publication dispose d'un délai de trois jours (à compter de la réception de la demande) pour insérer la réponse demandée, à tout le moins si celle-ci est recevable tant au regard des conditions de forme que de fond. S'il refuse expressément d'insérer une réponse, ou si le délai de trois jours est expiré, le demandeur en réponse peut mettre en œuvre une action en insertion forcée.

En tout état de cause, le directeur de publication ne sera pas tenu d'insérer une réponse qui ne serait pas conforme aux exigences de fond et de forme prévues par les textes.

LA RÉACTION CONTENTIEUSE

Au rang cette fois des actions judiciaires, la victime disposera de différentes voies procédurales conservatoires ou destinées à la recherche de responsabilités.

LES ACTIONS AUX FINS DE RESPONSABILITÉ

Il s'agit des actions tendant à obtenir une culpabilité des auteurs et complices d'un dénigrement et/ou des dommages et intérêts; elles sont à distinguer des actions portées au fond contre l'hébergeur ès qualités d'intervenant technique.

L'action contre les auteurs et/ou les complices

L'action judiciaire peut être entreprise aux fins de voir condamner pénalement et/ou civilement les responsables du dénigrement. Elle est mise en œuvre soit devant le tribunal correctionnel ou devant le tribunal judiciaire.

Les infractions de presse comme la diffamation ou l'injure ont pour objet de sanctionner les atteintes à l'honneur et à la considération au titre d'accusations reposant sur des faits précis ou non précis; le délit d'outrage protège les agents publics à travers la dignité ou le respect dû à leurs fonctions; la présomption d'innocence est le principe selon lequel une personne impliquée dans une procédure pénale est considérée comme innocente des faits qui lui sont reprochés tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable par la juridiction compétente; le harcèlement moral numérique sanctionne un acharnement sur une personne réalisé par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie.

Dans ce cadre, lorsque l'attaque électronique aura pour support une infraction de presse (ou assimilée) commise par la voie d'une communication au public en ligne, les dispositions de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 s'appliqueront; les responsabilités (uniquement des personnes physiques) seront alors recherchées sous l'une des qualités suivantes: directeur de publication, auteur du message, producteur, complice. Dans les autres cas, la responsabilité (y compris celle des personnes morales) sera recherchée selon les règles procédurales de droit commun.

L'action contre l'hébergeur de contenus

L'action peut ensuite, ou de manière parallèle, viser l'hébergeur (échappant d'ailleurs aux dispositions de l'article 93-3 précité en cas d'infraction de presse commise par la voie d'une communication au public en ligne), afin de voir sa responsabilité pénale ou civile engagée.

Pour avoir stocké des informations dénigrantes, ils peuvent ainsi être pénalement et civilement responsables (16) .

L'engagement de cette responsabilité suppose au préalable une notification de contenu «manifestement» illicite (17)dans les conditions très précises fixées par l'article 6 I 5 de la loi de 2004. Le notifiant ne peut ainsi se prévaloir de l'effet probatoire de la notification qu'à condition qu'elle soit complète: les mentions de la notification sont dès lors toutes obligatoires (18) .

La jurisprudence n'en donne pas de définition; néanmoins, un terme d'invective ou d'insulte, ou encore un message à connotation raciale ou xénophobe, adressé à un élu pourrait relever d'un tel caractère manifeste. La difficulté réside surtout dans l'appréciation du caractère manifestement illicite d'un propos diffamatoire, car cette qualification met en jeu des accusations portant sur des faits précis, tangibles, qui peuvent être démontrés dans leur véracité ou seulement justifiés par des éléments dits de «base factuelle suffisante». Aussi apparaît-il possible qu'une diffamation s'inscrivant dans un contexte de débat d'intérêt général, ou suscitant une controverse sur la bonne foi ou la base factuelle suffisante, risquerait de ne pas être considérée comme «manifestement illicite» par l'hébergeur.

LES ACTIONS CONSERVATOIRES OU «AU PROVISOIRE»

Il s'agit des actions visant à obtenir – dans un temps plus ou moins rapide – la suppression du contenu manifestement illicite, ou d'obtenir les éléments d'identification d'un internaute anonyme.

L'action en suppression de contenu

Une procédure de référé peut être engagée en application de l'article 809 du code de procédure civile et de l'article 6 I 8° de la loi du 21 juin 2004, afin de rendre impossible l'accès au contenu internet ou à le supprimer. L'action devant le juge des référés, qu'elle soit portée contre l'éditeur de contenu et/ou l'hébergeur, ne peut être engagée qu'à la condition de rapporter la preuve d'un trouble manifestement illicite (article 809 du CPC), lequel – au regard de la jurisprudence récente – égale la notion de «contenu manifestement illicite» (19).

L'action en levée d'anonymat

Ce type d'action intervient lorsque l'auteur du message diffamatoire n'est pas identifiable ou n'a publié que derrière le masque du pseudonyme; les prestataires techniques étant en possession des éléments d'identification de l'internaute, ils doivent en principe collaborer avec la justice.

L'action en référé, portée à l'encontre de l'hébergeur identifié, est permise par l'article 6 II de la loi du 21 juin 2004, pour des sites ou blogs hébergés en France, tels que Dailymotion. Elle ne l'est pas à l'encontre des sociétés de droit étranger, telles que Facebook ou Twitter. Pour autant, il semble possible en l'état de la jurisprudence de fonder cette action à leur encontre sur l'article 145 du code de procédure civile (20).●

À NOTER

Les actions conservatoires ou «au provisoire» visent à obtenir – dans un temps plus ou moins rapide – la suppression du contenu manifestement illicite, ou à obtenir les éléments d'identification d'un internaute anonyme.

(1) Loi du 29 juillet 1881, art. 29 à 33.
(2) Code pénal, art. 433-5.
(3) Code civil, art. 9-1.
(4) Code civil, art. 9; code pénal, art. 226-1.
(5) Code pénal, art. 222-33-2-2.
(6) Art. 93-3 alinéa 5, à propos des publications au sein d'espaces collaboratifs.
(7) CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08.
(8) Cass., 1re civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-15165.
(9) Loi du 21 juin 2004, art. 6, I, 5°.
(10) Loi du 21 juin 2004, art. 6, I, 4°.
(11) Site «internet-signalement.gouv.fr/PortailWeb/planets/SignalerEtapeInformer!load.action»
(12) Arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé «Pharos».
(13) CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12.
(14) Loi du 21 juin 2004, art. 6-IV.
(15) Décret n° 2007-1527 du 24 octobre 2007.
(16) Loi du 21 juin 2004, art. 6 I 2 et 3.
(17) Cons. constit., 10 juin 2004, DC n° 2004-496, point 9.
(18) Cass.,1re civ., 17 février 2011, pourvoi n° 09-67896.
(19) CA de Paris, 4 avril 2013, n° 12/12001; TGI de Paris, 26 février 2016.
(20) TGI de Paris, 24 janvier 2013, n° 13/5026.2.