ATF 146 IV 23 | TF, 29.01.2020, 6B_1114/2018*

Le fait de « liker » ou de repartager une publication sur un réseau social contenant une accusation ou un soupçon diffamatoire est constitutif de diffamation (art. 173 ch. 1 al. 2 CP) dès lors que la publication en question devient visible pour un tiers et que celui-ci l'a remarqué en raison du « like » ou du repartage de la publication.

Faits

Le *Bezirksgericht* de Zurich condamne un prévenu pour diffamation (art. 173 CP) notamment en raison de « likes » et de repartages (*share*) de publications sur Facebook accusant des tiers d'être antisémites, racistes et misanthropes.

Après le rejet de son appel par l'*Obergericht*, le prévenu saisit le Tribunal fédéral qui doit préciser si le fait de « liker » et de repartager des publications antisémites sur Facebook peut être considéré comme de la diffamation.

Droit

L'art. 173 ch. 1 al. 1 CP prévoit que celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire.

Le Tribunal fédéral commence par noter que Facebook est un réseau social conçu pour permettre une communication rapide et de grande envergure. L'expérience montre que pour ses utilisateurs, le « like » et le fait de pouvoir repartager du contenu sont d'une importance capitale. Ils permettent la diffusion d'informations. Contrairement à la fonction des commentaires, le « like » ou le fait de repartager est toujours possible. Si le fait de repartager un contenu n'indique en rien une quelconque appréciation du contenu, le sens de la mention « like » reste diffus malgré le « pouce levé » selon le Tribunal fédéral. Le fait que des parents « like » toutes les publications de leurs enfants en est un bon exemple.

Le Tribunal fédéral en conclut que les fonctions « like » et partage ne peuvent en principe

être attribuées à aucune autre signification que la simple diffusion de la publication respective. Une exception s'applique lorsque la personne qui « like » ou repartage publie en même temps un commentaire en faisant sienne la déclaration de l'auteur de la publication de manière claire et reconnaissable pour un tiers.

En l'espèce, l'instance cantonale a considéré que le prévenu avait porté atteinte à l'honneur des parties plaignantes lorsqu'il a « liké » et repartagé des publications antisémites sur Facebook. Cela étant, le Tribunal fédéral décide de laisser expressément ouverte la question de savoir si le prévenu a porté atteinte à l'honneur des parties plaignantes avec les « likes » et repartages des publications antisémites. En effet, les actes reprochés tombent en tout état sous le coup de la propagation de propos diffamatoires prévue par l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP.

L'art. 173 ch. 1 al. 2 CP prévoit que celui qui aura propagé une accusation ou un soupçon diffamatoire sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire.

La propagation au sens de cette disposition est considérée comme une infraction propre. Il y a propagation lorsque l'accusation ou le soupçon est communiqué à un tiers. Sur un réseau social, l'infraction est ainsi consommée lorsque la publication contenant une accusation ou un soupçon diffamatoire devient visible pour un tiers et que celui-ci l'a remarqué en raison du « like » ou du repartage de la publication par l'auteur. Cette visibilité va dépendre notamment de la gestion du fil d'actualité ou de l'algorithme du réseau social d'une part, et des paramètres personnels des utilisateurs concernés d'autre part.

En l'espèce, le prévenu a « liké » et repartagé des publications antisémites sur Facebook. En raison de ces actes, le cercle des destinataires initialement visé par les publications antisémites s'est alors considérablement élargi, en ce sens que le contenu du message diffamatoire a atteint des personnes qui n'appartenaient pas au cercle des abonnés de l'auteur original de la publication. Partant, le prévenu a propagé une accusation diffamatoire au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP.

Dans une dernière partie, le Tribunal fédéral relève que l'instance cantonale a exclu à tort la possibilité qui aurait dû être donnée au prévenu de prouver que « les allégations qu'il a

articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies » au sens de l'art. 173 ch. 2 CP. En effet, celle-ci avait considéré les publications comme un jugement de valeur mixte qui ne peut pas faire l'objet des preuves libératoires. Or, selon le Tribunal fédéral, les publications Facebook en question doivent être considérées comme des faits dont la preuve de la véracité peut être apportée.

Partant, le Tribunal fédéral admet le recours du prévenu sur ce dernier point.

Note

En l'espèce, il semblait évident que le prévenu faisait siens les propos diffamatoires qu'il a « likés » et repartagés sur Facebook. Néanmoins, il peut à notre avis être parfois problématique que le fait de réagir avec une émoticône à une publication sur un réseau social contenant des propos diffamatoires soit constitutif de propagation de diffamation au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP.

La doctrine considère en effet que l'auteur qui propage du contenu diffamatoire, mais qui affirme ne pas croire à l'allégation de faits qu'il propage peut néanmoins tomber sous le coup de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP (CR CP II-Rieben/Mazou, art 173 CP N 8). En effet, même s'il nie la véracité du contenu propagé, l'auteur suggère au public que la personne concernée pourrait avoir adopté le comportement en question, une possibilité que les destinataires n'auraient peut-être pas envisagée autrement (BSK Strafrecht II-Riklin, Art. 173 N 4). Partant, un utilisateur de Facebook qui clique sur l'émoticône « triste » (*sad*) ou « grrr » (*angry*) en réaction à une publication avec du contenu diffamatoire, marquant ainsi probablement sa désapprobation avec un tel contenu, réaliserait les éléments constitutifs objectifs d'une propagation de diffamation au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP.

L'élément subjectif de la propagation du contenu diffamatoire pourrait néanmoins faire défaut. Il n'y a propagation de diffamation que lorsque l'auteur a la conscience et la volonté que ses réactions (« like » ou autres émoticônes) aient pour effet une propagation de la publication à un cercle de destinataires plus élargi que celui d'origine ou lorsqu'il tient pour possible la propagation et l'accepte au cas où celle-ci se produirait. À notre avis, celui qui

réagit à une publication au contenu diffamatoire à l'aide d'une émoticône « triste » (*sad*) ou « grrr » (*angry*) n'a peut-être que l'intention d'exprimer sa désapprobation et non l'intention, même par dol éventuel, d'élargir le cercle des destinataires.

Partant, bien que le fait de réagir à l'aide d'une émoticône ou même de commenter une publication au contenu diffamatoire ait objectivement pour effet une propagation au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP, on devrait pouvoir admettre, en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce, que l'intention de l'auteur soit principalement d'exprimer sa réaction au contenu diffamatoire, et non nécessairement d'élargir le cercle des destinataires de la publication en question.

Cf. également Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, *in* SJ 2019 II p. 1 ss, qui doute du fait que le « like » puisse consister réellement en un acte de propagation au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP (p. 13).

Pour un commentaire critique de cet arrêt, cf. Markus Prazeller/David Hug, Das Bundesgericht weitet die strafrechtliche Verantwortung im digitalen Raum erheblich aus *in* medialex, 4 mars 2020. Ces auteurs soulignent à juste titre que le Tribunal fédéral ne distingue pas suffisamment le « like » du repartage au regard de la notion de propagation au sens de l'art. 173 ch. 1 al. 2 CP (N 4).

Proposition de citation : C□LIAN HIRSCH, Un like peut-il être pénal ?, in: https://lawinside.ch/904/