La responsabilité pénale du détenteur d'un compte Facebook public pour des publications de tiers constitutives de l'art. 261bis CP

Arrêt TF 6B_1360/2021 (f) du 7 avril 2022* (ATF 148 IV 188)

Par Camille Montavon, le 2 juin 2022

En l'état actuel du droit suisse et à la différence de ce qui prévaut en droit français, il n'est pas de disposition légale qui régit la responsabilité pénale des utilisateurs de réseaux sociaux tels que Facebook pour la diffusion, sur leur compte et par des tiers, de contenus haineux ou discriminatoires et donc illégaux (art. 261bis CP). Il est contraire au principe de la légalité (art. 1 CP et 7 CEDH) de fonder une obligation de surveillance et modération des commentaires à charge du détenteur d'un compte sur la base d'un risque accru de diffusion de contenus illégaux, lui-même déduit de circonstances comme les sujets polémiques généralement débattus sur ledit compte ou le type de commentaires qui y sont fréquemment publiés.

I. En fait

Des commentaires publiés sur le compte Facebook de A, personnalité politique, sont dénoncés au ministère public, au motif qu'ils sont constitutifs d'incitation à la haine contre les personnes musulmanes. Lesdits contenus se rapportent à un article de journal partagé par A et intitulé « Près de Lyon, une inquiétante école musulmane sous contrat et...sous influence », accompagné du message suivant de A lui-même : « L'infection s'étend ». Les commentaires y relatifs ont notamment pour contenu l'image d'une bouteille incendiaire et le texte « En bon voisin offre de la chaleur à la mosquée du coin » ; celle d'un soldat portant un lance-flamme assorti du message « Nettoyez-moi toute cette merde » ; et des propos tels que « L'Islam c'est comme le cancer, il progresse en silence ! ». Les trois publications précédentes de A évoquent par ailleurs un prétendu complotisme et une radicalisation au sein de l'Islam en Suisse, ainsi que l'inquiétude de députés neuchâtelois s'agissant d'un musée sur l'Islam.

Six auteurs de commentaires publiés sur le compte de A en lien avec l'article de journal sont alors condamnés par ordonnance pénale pour incitation à la haine selon l'art. 261bis CP. A, en revanche, est libéré du chef de cette infraction. Son acquittement étant confirmé en seconde instance, le ministère public forme un recours au Tribunal fédéral en ce sens que A soit reconnu coupable d'infraction à l'art. 261bis CP.

II. En droit

Le Tribunal fédéral restitue tout d'abord l'argumentaire commun des instances cantonales. Selon elles, le titre de l'article partagé par A souligne le caractère inquiétant d'une école sous

influence et l'interprétation tant littérale que contextuelle de son propre commentaire ne peut raisonnablement conduire « un lecteur moyen non averti » à l'interpréter comme haineux, rabaissant ou discriminant à l'égard de la population musulmane en général. La Haute Cour relève ensuite que le ministère public (ci-après le MP) ne remet pas en cause le commentaire de A en tant que tel, mais défend que celui-ci encourt une responsabilité pénale pour les commentaires illégaux publiés par autrui sur son compte (c. 1.1-1.3).

Plus précisément, le MP estime que A doit répondre de l'art. 261bis al. 1 et 4 CP pour ne pas avoir effacé de son mur Facebook les commentaires constitutifs d'incitation à la haine. Tel que relevé par l'instance précédente, A est une personnalité publique engagée sur le plan politique, son compte Facebook est public et alimenté presque quotidiennement par ses soins, suscitant des commentaires fréquents. A a d'ailleurs admis qu'il était conscient du caractère polémique de ses publications, ainsi que de la présence, parmi les personnes qui le suivent, d'utilisateurs susceptibles de tenir des propos discriminatoires. Dans la mesure où A ne pouvait ignorer le risque d'héberger, sur sa page publique, des commentaires excessifs, il était tenu de les modérer pour éviter les conséquences de ce risque qu'il avait lui-même créé (c. 3.1-3.2).

La CourEDH s'est récemment prononcée sur la compatibilité, avec la liberté d'expression (art. 10 CEDH), d'une condamnation pénale du titulaire d'un compte Facebook pour les commentaires formulés par des tiers (CourEDH, *Sanchez c. France* du 2.9.2021). Dans cette affaire, la CourEDH a admis que la condamnation reposait sur une base légale suffisante, soit la Loi française n° 82-652 sur la communication audiovisuelle. Elle a estimé légitime que le statut de titulaire d'un compte Facebook emporte des obligations, ce d'autant plus dans le cas où le choix est fait de rendre le compte public. Ce constat vaut à plus forte raison encore lorsque le contexte est tel qu'il existe un risque accru de diffusion de propos illégaux (c. 3.1).

Sur ces observations, le Tribunal fédéral note toutefois qu'il n'existe pas, en droit suisse, de disposition légale régissant la responsabilité pénale des prestataires de services comme Facebook et de leurs utilisateurs. Le Conseil fédéral a d'ailleurs spécifiquement renoncé à légiférer en la matière, estimant qu'une obligation d'effacer des messages diffusés sur les réseaux peut s'avérer problématique au regard de la liberté d'expression. Le droit suisse ne contient donc pas de dispositions semblables à la loi française prévoyant la responsabilité des détenteurs d'un compte Facebook pour les discours haineux publiés sur leur mur (c. 3.3.2).

Le MP est cependant d'avis que la responsabilité pénale de A peut être déduite des principes existants du droit pénal suisse. Il mobilise l'arrêt TF 6B_645/2007 du 2.5.2008, dans lequel est examinée la responsabilité pénale de l'exploitant d'un forum de discussion pour des publications tierces de propagande djihadiste. La Haute Cour y a admis que « l'exploitation d'un forum de discussion est indissociable du risque que des contenus illégaux y soient déposés et, partant, que des intérêts juridiquement protégés par une norme pénale soient lésés. Si, en lui-même, ce risque n'excède pas ce qui peut être admis en société […] et ne permet vraisemblablement pas de fonder une obligation de surveillance permanente, la situation est cependant différente lorsque l'exploitant du forum a effectivement connaissance

de la présence de ce contenu illégal sur son site » (arrêt précité, c. 7.3.4.4.2). L'exploitant a été reconnu coauteur de soutien à une organisation criminelle (art. 260ter CP), pour avoir collaboré à l'exécution de l'infraction en ayant admis partager l'opinion exprimée dans la vidéo et être conscient de sa diffusion sur son forum (c. 3.3).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral reconnaît que l'usage fait par A de son compte Facebook est similaire à l'exploitation d'un forum de discussion. Partant, cette configuration de fait peut être étudiée à la lumière des principes dégagés dans l'arrêt précité. Le Tribunal fédéral analyse d'abord le comportement de A au titre d'omission (art. 11 CP), pour exclure toute responsabilité pénale sous cet angle. Selon la Haute Cour, A a certes créé un risque de diffusion de contenus illégaux sur son compte mais ce danger ne dépasse pas ce qui est socialement admis, puisque rien ne permet de démontrer que A avait pris connaissance de ces contenus avant l'ouverture de la procédure pénale (c. 3.4-3.5.).

Le Tribunal fédéral répond ensuite à l'argument du MP, selon lequel le risque créé *in casu* ne serait pas admissible compte tenu des sujets polémiques débattus sur le compte Facebook de A, le profil des personnes suivant son compte et le type de commentaires fréquemment publiés par celles-ci sur cette plateforme. De ces circonstances d'espèce devraient, selon le MP, découler un devoir à charge de A d'être attentif à la diffusion de contenus potentiellement illégaux sur son compte (c. 3.5.1-3.5.2). Le Tribunal fédéral estime que les principes convoqués par le MP excèdent la portée de l'arrêt TF 6B_645/2007, lequel ne délimite pas les contours du risque socialement admissible, pas plus qu'il ne définit une obligation de surveillance et modération permanente de l'exploitant d'un réseau social. Ces principes sont contraires au principe de la légalité (art. 1 CP et 7 CEDH), dès lors que la Suisse a explicitement renoncé à inscrire dans la loi une obligation, incombant aux titulaires d'un compte sur un réseau social, de modérer le contenu publié par autrui. Selon le Tribunal fédéral, il serait en tout état de cause problématique de conditionner une telle obligation à des circonstances telles que celles évoquées par le MP (la nature polémique des thématiques abordées, le profil type des destinataires potentiels des publications, etc.). Ceci supposerait « une évaluation délicate à opérer, difficilement prévisible et manifestement empreinte de subjectivité » (c. 3.5.4). A ne répond pas d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir au sens de l'art. 11 al. 1 et 2 let. d CP (c. 3.5.3-3.5.6).

Sous l'angle d'un comportement positif, enfin, le Tribunal fédéral examine si le choix par A d'un libre accès à son mur Facebook revient à offrir une plateforme publique d'expression susceptible de faire de lui un participant aux infractions commises par les auteurs des messages constitutifs d'incitation à la haine. Après avoir rappelé que la coactivité suppose une collaboration intentionnelle, le Tribunal déclare qu'on ne saurait parvenir ici à une même conclusion que dans l'arrêt TF 6B_645/2007. A ignorait en effet les messages litigieux postés sur son mur, si bien que, faute d'un accord des volontés entre leurs auteurs et A, ce dernier ne peut être considéré comme un participant aux infractions commises (c. 3.6).

Pour toutes ces raisons, la décision de la juridiction cantonale s'avère conforme au droit et le recours doit être rejeté (c. 3.7-4).

III. Commentaire

Le développement du Tribunal fédéral, qui se fait ici sur différentes strates d'analyse, appelle des remarques que nous proposons d'inscrire elles-mêmes à un triple niveau de réflexion : 1) celui des possibilités d'application de l'art. 261bis CP au comportement de A revenant à publier un article de journal évoquant l'influence d'organisations islamiques sur une école, en l'accompagnant du commentaire « l'infection s'étend » ; 2) celui de la question de la responsabilité pénale du détenteur d'un compte sur un réseau social pour les commentaires illégaux publiés par autrui et ; 3) celui de la délimitation des contours du risque socialement admissible de diffusion de contenus illégaux sur le compte Facebook d'un utilisateur.

S'agissant du premier point, la Haute Cour semble adhérer à la position partagée par les instances précédentes et revenant à considérer que le commentaire de A ne saurait être interprété par « un lecteur moyen non averti » comme haineux ou rabaissant à l'égard de la population musulmane en général, tenant en échec toute application directe de l'art. 261bis CP. Ce raisonnement nous apparaît représenter une opportunité d'interroger la pertinence de la référence à un tiers moyen non averti pour se déterminer sur le caractère haineux ou discriminatoire des propos de l'auteur potentiel de discrimination ou incitation à la haine fondée sur les critères protégés à l'art. 261bis CP. Ce référentiel – auquel recourt de longue date le Tribunal fédéral, y compris en lien avec ce qu'il nomme de « véritables attaques » discriminatoires au sens de l'art. 261bis al. 4 CP (*cf.* p. ex. ATF 133 IV 308) – nous semble en effet inapproprié, en ce sens que ce n'est pas la perception d'un tiers moyen (dans toute son indéfinition et abstraction) qui devrait être déterminante dans l'appréciation du caractère haineux ou discriminatoire d'un acte, mais bien les motivations de l'auteur. En tout état de cause, dans une configuration telle que celle du cas d'espèce, il aurait été plus opportun de procéder à l'examen d'un corpus global de prises de position de A en relation avec la communauté musulmane, pour se déterminer sur le caractère potentiellement discriminatoire de la phrase « l'infection s'étend ». Enfin, sachant que le bien juridique protégé en première ligne par l'art. 261bis al. 4 CP est la dignité humaine des personnes et groupes visés par le rabaissement (ATF 133 IV 308, c. 8.2) et, subsidiairement, la paix publique, la référence au tiers moyen non averti est d'autant plus questionnable que ce tiers est généralement étranger aux réalités de vie spécifiques des groupes vulnérables dont la dignité est protégée par la norme pénale. Partant, si le Tribunal fédéral devait s'en tenir à un référentiel autre que celui des motivations de l'auteur, il nous semble que la perception d'une personne appartenant au groupe cible et de sensibilité moyenne serait plus pertinente.

S'agissant deuxièmement de la question de la responsabilité pénale du détenteur d'un compte Facebook pour les contenus illégaux diffusés sur leur mur, la conclusion du Tribunal fédéral ne semble pas critiquable d'un point de vue strictement juridique, puisqu'elle est en adéquation avec le droit positif. Il n'empêche qu'elle ouvre la porte à une discussion sur une éventuelle lacune du droit suisse dans la répression des discours de haine, dont les réseaux sociaux se font, aujourd'hui plus que jamais, les vecteurs. Sur ce point, nous osons deux remarques, la première en réponse à la préoccupation du Conseil fédéral, relayée par le Tribunal fédéral, qu'une norme prévoyant la responsabilité des détenteurs d'un compte sur

un réseau social dans ce contexte restreigne la liberté d'expression de façon disproportionnée. Rappelons ici simplement que la CourEDH elle-même a nié une telle atteinte dans l'affaire *Sanchez c. France*. Deuxièmement, la crainte qu'une telle norme fasse peser une obligation trop contraignante sur les épaules des détenteurs d'un compte ne manque évidemment pas de pertinence, mais il nous semble que cette obligation pourrait être délimitée précisément par le recours à des critères tels que ceux évoqués par le ministère public *in casu*, pourtant jugés « problématiques » par le Tribunal fédéral.

Or – et ceci mène au troisième temps d'analyse – ces critères concordent précisément avec ceux auxquels recourent la CourEDH dans l'affaire *Sanchez c. France* pour légitimer l'obligation des détenteurs d'un forum de modérer les contenus qui y sont diffusés, à savoir la publicité de la plateforme, le risque accru de diffusion de propos illicites, et ce notamment lorsque le forum ou le compte est détenu par une personnalité publique y ouvrant des débats sur des sujets polémiques. À cet égard, nous voyons mal en quoi la considération de ces circonstances exigerait « une évaluation délicate à opérer, difficilement prévisible et manifestement empreinte de subjectivité » comme le prétend le Tribunal fédéral. En tout état de cause, elle ne l'apparaît pas davantage que celle commandée par la référence à un « tiers moyen non averti ». En conclusion, cet arrêt interroge les limites de la portée de l'art. 261bis CP (à ce propos, *cf.* aussi Camille Montavon, De la criminalisation de la « débauche contre nature » à la répression de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : l'homosexualité dans le droit pénal suisse du XIX^{e} siècle à nos jours, RPS 2022, 27 ss, 41 ss). Il appelle enfin à une réflexion plus générale sur le dispositif pénal en matière de discours haineux et, par extension, d'infractions pénales commises en raison d'un mobile haineux ou discriminatoire.

Proposition de citation : Camille Montavon, La responsabilité pénale du détenteur d'un compte Facebook public pour des publications de tiers constitutives de l'art. 261bis CP, in : https://www.crimen.ch/110/ du 2 juin 2022