

DISCRIMINATIONS ET RÉSEAUX SOCIAUX

par **Géraldine Peronne**

Docteur en droit, Avocat

et **Emmanuel Daoud**

Avocat

Les réseaux sociaux par leur large diffusion représentent un champ de répercussion particulièrement étendu de certaines atteintes à la dignité dont notamment les discriminations. Quel est l'arsenal juridique actuellement à notre disposition pour lutter contre ces atteintes ? Est-il adapté ?

« L'internet n'est pas net » et l'expression elle-même est devenue un truisme trop familier.

Nombreux sont les internautes qui se nourrissent des réseaux sociaux et les alimentent quotidiennement. C'est ainsi qu'en peu de temps, les réseaux se sont révélés être les relais privilégiés de contenus litigieux et cela n'a pas l'air d'ému le monde¹.

Qui n'a jamais été confronté, au détour d'un tweet ou d'un post, à l'innommable ? Tout le monde a encore en tête les hashtags « #UnBonJuif », « #SiMonFilsestGay », « #SiMaFilleRamèneUnNoir »², « #AntiNoir », « #AntiHomosexuel », véhiculés par Twitter, ou encore la publication sur Facebook d'un photomontage raciste de Christiane Taubira³.

Sur les réseaux, les langues se délient, la parole n'a plus de limites, les garde-fous se sont évanouis. Sous couvert d'un anonymat permissif ou sous une identité à peine voilée, tant le sentiment d'impunité est fort, les déchaînements de violence verbale sont une réalité. Si la jurisprudence et la doctrine se font l'écho, à cet égard, d'infractions telles que la diffamation, l'injure et l'incitation à la haine raciale, il est plus rare d'évoquer la discrimination ou encore la provocation à la discrimination sur les réseaux.

Il est vrai que les textes d'incrimination de ces dernières infractions sont épars et manquent de lisibilité. Alors que la discrimination est sanctionnée tant dans le code pénal⁴ que dans le code du travail⁵ et le code civil⁶, la provocation à la discrimination constitue une infraction du droit de la presse. En tant que telle, elle est donc régie par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

De plus, en dépit d'un renforcement des moyens procéduraux⁷, la répression de la discrimination fait figure de « droit en construction »⁸, dont l'efficacité a toujours posé question.

La difficulté pour la victime de rapporter la preuve de l'infraction constitue une pierre d'achoppement bien connue. Les sanctions financières sont aussi relativement faibles et donc peu dissuasives⁹. Les contours de l'infraction apparaissent également nébuleux. Ainsi, l'infraction de provocation à la discrimination est-elle souvent invoquée dans le même temps que d'autres infractions, ce qui peut entretenir une certaine confusion. Pour illustration, un message de nature raciste sur les réseaux peut potentiellement être sanctionné, soit au titre de la diffamation ou de l'injure publique à caractère racial, soit au titre de la provocation publique à la haine, à la violence raciale ou à la discrimination. À l'aune de ces difficultés, l'efficacité de la répression de la discrimination et de la provocation à la discrimination peut être mise en doute. Cette problématique s'avère être encore plus prégnante au regard de la discrimination sur les réseaux sociaux.

Les réseaux sociaux présentent en effet des particularités difficiles à occulter. Ils se caractérisent par une audience particulièrement large, Facebook comme Twitter comptent des millions d'adhérents et leur capacité à disséminer massivement et rapidement des images et des messages est inégalée. En cela, les réseaux sociaux jouent un rôle particulier dans la propagation des discriminations. Ces caractéristiques rendent d'autant plus pressante la nécessité

de la répression. Toutefois, sur les réseaux sociaux, les difficultés sont accentuées. L'approche exclusivement pénale et judiciaire semble insuffisante pour lutter efficacement contre les discriminations.

■ Le rôle particulier des réseaux sociaux dans la propagation des discriminations

Il convient d'identifier précisément le rôle joué par les réseaux sociaux dans la propagation des discriminations afin de déterminer quelles infractions sont susceptibles d'être caractérisées et partant, quels textes s'appliquent à celles-ci. Les réseaux sociaux sont des moyens de discriminations. Plus exactement, ils sont tantôt des facteurs de discrimination, dès lors qu'ils sont une cause de discrimination, tantôt des vecteurs de discrimination, dès lors qu'ils véhiculent des messages provoquant à la discrimination.

(1) Les chiffres sont étonnants : la France est à l'origine de 87 % des demandes de suppression de tweets reçus par Twitter au niveau mondial. Sur les 365 demandes françaises au second semestre 2013, plus de 300 émanaient d'une association nationale de défense des droits concernant des « contenus discriminatoires illégaux » RLDI 2014. 102, Actualités.

(2) Ces mots-clés sont à l'origine de l'affaire dite « Twitter » : Paris, 12 juin 2013, n° 13/06106, UEJF c/ Twitter D. 2013. 1614, obs. C. Manara ; *ibid.* 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RSC 2013. 566, chron. J. Francillon et Paris, 12 juin 2013, *Twitter Inc. et Twitter France c/ UEJF et a.*

(3) L'ancienne candidate FN aux municipales à l'origine du photomontage a été condamnée par le tribunal de grande instance de Cayenne à une peine de 9 mois de prison ferme ainsi qu'au paiement de dommages et intérêts, *Le Monde*, 16 juill. 2014.

(4) C. pén., art. 225-1 s.

(5) C. trav., art. L. 1142-1, L. 1146-1, L. 2141-5.

(6) C. civ., art. 16-13.

(7) La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a allongé le délai de prescription de la provocation publique à la discrimination à un an, au lieu de 3 mois. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 12 octobre 2010 a élargi le domaine d'action des associations en leur octroyant la possibilité d'intervenir dans la procédure déjà engagée par une autre partie civile : Crim. 12 oct. 2010, n° 10-80.825, D. 2010. 2706 ; AJ pénal 2011. 133, obs. G. Royer ; RSC 2011. 135, obs. J. Francillon.

(8) Th. Sagardoytho, La répression pénale de la discrimination : mythe ou réalité ?, AJ pénal 2008. 313.

(9) En ce sens, E. Fortis, Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités, AJ pénal 2008. 303.

Les réseaux sociaux, facteurs de discriminations

Les réseaux sociaux n'apparaissent pas, de prime abord, comme des facteurs ou des causes de discriminations.

Il y a lieu de revenir à la lettre des textes incriminant l'infraction de discrimination, pour le comprendre.

L'article 225-1 du code pénal énonce que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée [...] ».

Cette disposition, définissant la discrimination, doit être lue en parallèle de l'article 225-2 du même code qui précise les hypothèses dans lesquelles ces discriminations sont sanctionnées :

« La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 € d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° À refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° À entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° À refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; [...] »

La sanction des discriminations repose donc sur deux composantes : d'une part, l'existence d'une discrimination prévue par le texte et d'autre part, une prise de décision reposant sur cette discrimination. Ces deux conditions sont difficiles à réunir sur les réseaux sociaux. Dans tous les cas, la jurisprudence, n'a pas, à notre connaissance, eu à se saisir de telles problématiques pour le moment.

Néanmoins, la caractérisation de l'infraction de discrimination peut se concevoir.

Nul besoin d'être très créatif en effet pour imaginer le refus de vente d'un appartement en raison de l'origine du candidat, cette information ayant été obtenue

par le biais d'une consultation du profil Facebook de l'intéressé. L'infraction ne se réalise pas sur les réseaux à proprement parler, mais se réalise par leur biais. Les réseaux deviennent alors une cause de discrimination.

La réalité est d'ailleurs en passe de dépasser l'imagination, car des chercheurs français ont récemment démontré que « les informations visibles sur un compte Facebook pouvaient avoir des effets pendant un processus de recrutement »¹⁰. Plus précisément, ils sont parvenus à montrer qu'une discrimination à l'embauche du fait de l'origine d'un candidat pouvait se fonder sur les informations accessibles depuis un profil Facebook.

On assiste ainsi à l'émergence, non pas de nouvelles discriminations, mais de nouvelles formes de ce délit par le biais des réseaux sociaux.

La question de la discrimination à l'embauche par le biais des réseaux sociaux n'est, pour l'heure, qu'effleurée par la doctrine¹¹. Néanmoins, nul doute que ce contentieux pourrait prendre de l'essor à l'avenir, si tant est que le candidat malheureux puisse rapporter la preuve de ce qu'il invoque.

La difficulté essentielle se situe vraisemblablement au stade probatoire. L'absence de réponse à la suite de l'envoi de candidatures ou l'interruption d'un processus de recrutement peuvent avoir des causes multiples. Réussir à démontrer que la raison déterminante repose sur la constatation par le recruteur d'une origine étrangère du candidat, par exemple, relève de la gageure.

Surtout, il s'agit d'un risque qui peut être jugulé par l'intéressé lui-même en compartimentant de manière stricte sur les réseaux, les informations relatives à sa vie privée et les éléments relevant de sa vie publique.

Les réseaux sociaux sont l'objet d'un contentieux plus connu, en tant que vecteurs de provocations à la discrimination.

Les réseaux sociaux, vecteurs de provocations à la discrimination

Le rôle le plus fréquent des réseaux sociaux dans la propagation de la discrimination réside dans leur capacité à véhiculer des discours caractérisant, non pas l'infraction de discrimination, mais celle de provocation à la discrimination.

Ce délit, prévu par la loi de 1881 présente deux aspects : la provocation suivie d'effet et la provocation non suivie d'effet. L'article 23 de la loi de 1881 punit comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui « [...] par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet [...] ».

L'article 24 de ladite loi s'applique aux provocations non suivies d'effet et punit d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement, « ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination [...] ».

On s'interroge dès lors sur la qualification que doit recevoir le moyen de communication électronique qui véhicule les messages discriminants. Il ne s'agit pas d'un élément constitutif de l'incrimination de provocation à la discrimination, car celle-ci peut se réaliser également par le biais de la presse traditionnelle. Doit-on dès lors considérer que le recours aux réseaux sociaux comme vecteur de discrimination constitue une circonstance aggravante de l'infraction ?

En l'état du droit positif ce n'est pas le cas. Néanmoins, il pourrait être envisagé de le considérer comme tel. La circonstance aggravante tirée des moyens employés et notamment de l'utilisation, pour la diffusion de messages, d'un réseau de communication électronique figure d'ores et déjà dans le code pénal¹².

La sanction des discriminations repose donc sur deux composantes : d'une part, l'existence d'une discrimination prévue par le texte et d'autre part, une prise de décision reposant sur cette discrimination. Ces deux conditions sont difficiles à réunir sur les réseaux sociaux.

(10) La discrimination à l'embauche passe aussi par les profils Facebook, *Le Monde*, 27 oct. 2014. Pendant un an, les trois chercheurs ont envoyé 837 candidatures au nom de fausses personnes. Ils ont également créé de faux profils Facebook correspondant aux candidats à l'embauche. Deux profils affichaient être nés à Brive-la-Gaillarde et pratiquer l'italien et deux autres, indiquaient être nés à Marrakech et parler arabe. Les deux premiers profils ont récolté 21,3 % de réponses positives invitant à poursuivre le processus d'embauche et les seconds, 13,4 % seulement.

(11) J.-E. Ray, Facebook, le salarié et l'employeur, *Dr. soc.* 2011. 128.

(12) V. not. les art. 225-7, 10° et 227-23 du code pénal, respectivement en matière de proxénétisme et de diffusion de l'image ou de la représentation à caractère pornographique d'un mineur. V. également les art. L. 521-10, L. 615-14, L. 716-9 et 716-10 du code de la propriété intellectuelle.

Les communications électroniques et les réseaux en particulier présentent indéniablement des caractéristiques propres.

La Cour européenne ne s'y est pas trompée quand elle a, à l'occasion de plusieurs décisions, souligné la singularité du rôle de l'internet dans la commission des infractions : « [...] assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux [...] »¹³. Certains commentateurs ont ainsi relevé, dans la jurisprudence de la Cour, une approche plus restrictive de la liberté d'expression sur internet du fait de ces particularités¹⁴.

Ériger l'utilisation des réseaux sociaux et plus généralement d'internet comme circonstance aggravante du délit de provocation à la discrimination permettrait d'alourdir les peines applicables à ce délit et partant, de donner davantage de force à la répression de cette infraction.

Outre l'incrimination de l'auteur des propos discriminants, il est également possible de sanctionner les exploitants de réseaux sociaux. Dès lors qu'il y a eu notification de l'existence d'un contenu illicite, ceux-ci sont en effet tenus de retirer promptement ces données ou d'en rendre l'accès impossible, sous peine de voir leur responsabilité pénale engagée¹⁵.

À défaut de notification, toutefois, l'immunité des hébergeurs est entière. Ce blanc-seing, qui se fonde notamment sur une impossibilité matérielle de surveillance généralisée du web, est de plus en plus difficile à justifier.

La qualification d'hébergeur serait-elle trop confortable pour les exploitants de réseaux sociaux ? Des voix s'élèvent déjà pour retenir à l'égard des moteurs de recherche une qualification juridique cousue main, plus proche de celle des éditeurs de contenus¹⁶. Cette orientation devrait, selon nous, être également encouragée à l'égard des réseaux sociaux, si elle peut permettre d'endiguer le flot des propos litigieux, et ce, quelle que soit leur qualification pénale.

Toutefois, la répression a ses limites. Il est impossible de les éluder.

■ L'impasse d'une approche exclusivement pénale et judiciaire de la lutte contre les discriminations sur les réseaux

La mise en œuvre du dispositif répressif rencontre des obstacles qui semblent irréductibles. Ce constat invite à réfléchir à d'autres pistes de réflexion, au-delà du droit pénal et même de la voie judiciaire.

Les obstacles au succès de l'action pénale

Un obstacle essentiel à la mise en œuvre des outils du droit pénal nous semble devoir être mis en exergue. Il réside dans le caractère international des litiges.

L'« affaire Twitter » évoquée plus avant¹⁷, a mis en évidence les difficultés d'application d'une injonction judiciaire française à l'étranger. En l'occurrence, des mots-clés ou hashtags racistes ont été relayés sur Twitter, ce qui a conduit des associations françaises de lutte contre le racisme et l'antisémitisme à saisir le tribunal de grande instance de Paris afin d'obtenir auprès de Twitter Inc. et Twitter France, communication de l'identité de l'auteur des tweets. Le tribunal a enjoint Twitter de divulguer ces données.

Le fondement juridique de cette injonction a posé difficulté en raison de la localisation aux États-Unis du siège de la société Twitter.

Si l'article 6 I, 7, al. 3 de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) prévoit que les hébergeurs et les fournisseurs d'accès à internet doivent « concourir à la lutte contre la diffusion des infractions » parmi lesquelles figurent la provocation à la discrimination, l'application de cette loi en dehors du territoire français ne relève pas de l'évidence.

Quand bien même la loi française s'appliquerait, l'exécution de la décision française à l'étranger serait délicate. La procédure pourrait se heurter à l'exception d'ordre public en raison d'une conception plus libérale du droit à la liberté d'expression dans l'État étranger.

Les différences de nature substantielle et procédurale entre le droit américain et le droit français constituent

un obstacle de taille dans la lutte contre les discriminations¹⁸.

Peut-on contourner cette difficulté en agissant, non pas en amont, auprès des sociétés exploitant les réseaux sociaux et qui peuvent supprimer les contenus, mais en aval, auprès des fournisseurs d'accès français qui peuvent bloquer les contenus ?

Au moment où la nouvelle loi de lutte contre le terrorisme instaure la possibilité d'un blocage administratif des sites en matière de provocation à des actes terroristes ou d'apologie de tels

actes¹⁹, on s'interroge sur la possibilité d'une extension de cette sanction à d'autres infractions²⁰.

La loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme instaure ainsi un nouvel article 6-1 au sein de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui autorise l'autorité administrative – après une demande de retrait adressée à l'éditeur ou à l'hébergeur des contenus, restée infructueuse au bout de vingt-quatre heures – à solliciter auprès du fournisseur d'accès, le blocage de l'accès aux adresses électroniques litigieuses²¹.

Cette mesure n'est applicable, pour l'heure, qu'aux actes relevant du nouvel article 421-2-5 du code pénal, qui sanctionne le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes.

(13) CEDH, 5 mai 2011, n° 33014/05, *Éditorial Board of Pravoye Delo and Shtekel c/ Ukraine*, § 63.

(14) F. Tréguer, *Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RDLF 2013, chron. n° 13.

(15) Art. 6 I, 3 de la LCEN (Loi pour la confiance dans l'économie numérique), n° 2004-575 du 21 juin 2004.

(16) V. sur ce point l'étude annuelle du Conseil d'État « Le numérique et les droits fondamentaux », sept. 2014, p. 6 et 21.

(17) Voir *supra*, note 2.

(18) Les chiffres sont encore une fois éloquentes : sur 309 demandes de suppression de tweets concernant des contenus discriminatoires, seuls 133 tweets ont été supprimés par Twitter. Les autorités françaises ont demandé des éléments d'identification pour 102 comptes. La demande a été jugée légale par Twitter dans seulement 23 % des cas, RLDI 2014. 102, Actualités.

(19) L. n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

(20) On observera que cette sanction existe déjà dans la LCEN à l'article 6 I, 7 al. 5 dans le cadre de la lutte contre la diffusion des images ou représentations de mineurs.

(21) La demande de blocage n'est pas subordonnée à une demande de retrait préalable en l'absence de données permettant d'identifier l'éditeur du site et l'hébergeur (art. 6-1, al. 2).

Pour quelles raisons cette mesure n'est-elle pas applicable aux autres types de provocations à l'infraction ? Serait-il opportun qu'elle le soit ?

Le blocage des pages illicites nous semble vain en raison de la possibilité sans cesse renouvelée sur les réseaux de reproduire les contenus. En outre, la compatibilité d'une telle mesure avec les droits fondamentaux peut être questionnée à la lumière des décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne sur des mesures de filtrage des contenus²².

Ne pourrait-on pas alors envisager de bloquer, non pas les pages litigieuses, mais le compte Twitter ou Facebook d'un adhérent en raison de propos litigieux qu'il aurait mis en ligne ou dont il aurait contribué à la diffusion sur les réseaux ?

Là encore, si la proposition était retenue par le législateur français, elle achopperait sur la question de la compatibilité d'une telle position avec le droit étranger applicable à Twitter ou Facebook, qui détiennent les comptes des utilisateurs et contre qui il faudrait engager la procédure.

(22) CJUE, 16 févr. 2012, n° C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c/ Netlog NV*, D. 2012. 549, obs. C. Manara ; *ibid.* 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; RSC 2012. 163, obs. J. Francillon ; RTD eur. 2012. 957, obs. E. Treppoz ; *ibid.* 2013. 675, obs. F. Benoît-Rohmer ; CJUE, 24 nov. 2011, n° C-70/10, *Scarlet Extended (Sté) c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur SCRL*, D. 2011. 2925, obs. C. Manara ; *ibid.* 2012. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; RSC 2012. 163, obs. J. Francillon ; RTD eur. 2012. 404, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 957, obs. E. Treppoz.

(23) Facebook revoit ses règles pour rassurer les annonceurs, *Le Monde*, 31 mai 2013.

(24) V. not. TGI Paris, 22 mai 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo ! Inc.*

(25) Facebook précise pourquoi, et comment, il supprime des photos et messages litigieux, *Le Monde*, 10 oct. 2014.

Des leviers d'action extrajudiciaires

La voie pénale ne peut pas être la seule solution. D'autres moyens d'action doivent être envisagés.

Comme toute société ayant acquis une renommée mondiale, les géants du net sont très frileux à l'idée de devoir faire face à des contentieux médiatiques.

Tous ont en commun de tenir à leur réputation, source de nouveaux adhérents et surtout d'attractivité pour les annonceurs. À titre d'exemple, ces derniers assurent 80 % des revenus de Facebook²³. Or, les annonceurs ne peuvent pas prendre le risque de voir leur publicité s'afficher à côté de contenus portant atteinte à leur image.

Maintenir la confiance des annonceurs est donc essentielle pour les réseaux sociaux.

Dans ces conditions, les sociétés exploitant les réseaux ont tout intérêt à ce que les litiges se résolvent en dehors des prétoires. Dans l'affaire *Twitter*, la résolution du litige est finalement intervenue par le biais d'un accord conclu entre les deux parties, en juillet 2013.

Cette solution est à rapprocher du contentieux plus ancien mais non moins connu *Yahoo ! c/ UEJF et a.*²⁴ qui s'était finalement terminé par le retrait des pages internet litigieuses, non pas à la suite d'une décision judiciaire qui aurait donné tort à Yahoo – bien au contraire, les juridictions américaines avaient statué en faveur de la société américaine – mais parce que Yahoo ! s'est incliné, sans doute sous la pression des médias.

Il faut enfin savoir que Facebook et Twitter ne font intervenir leurs modérateurs de contenu qu'après un signalement²⁵. Chaque utilisateur dispose donc d'un moyen d'action à sa disposition faisant appel à son sens des responsabilités. Tout commence peut-être là.