

Lorsque les propos litigieux sont diffusés sur les sites Facebook et MSN, accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, celles-ci forment une communauté d'intérêts de sorte que les propos ne constituent pas une injure publique.

Facebook, espace public plus que privé

À propos de l'arrêt de la Première Chambre civile du 10 avril 2013

Jean-Emmanuel Ray, Professeur à Paris I — Sorbonne,
Directeur du Master 2 « développement des ressources humaines »

Des salariés ont toujours eu besoin de se « défouler », et « se payer le chef » n'est pas vraiment nouveau. Mais à la machine à café ou au *Café du commerce*, cette discussion très haute en couleurs et en métaphores réunit trois ou six collègues, et ne laisse aucune trace dans le marbre numérique : elle n'est ni enregistrée, ni dupliquée, ni réexpédiée au monde entier.

Sur Facebook en revanche, ce sont en moyenne 210 « amis » qui vont pouvoir immédiatement en profiter ; pour peu que le collaborateur ait ouvert son profil aux « amis de ses amis » (en clair : n'importe qui), ce sont 44.100 personnes qui peuvent prendre connaissance de ce *radio-moquette* puissance 1 000. Et sans paramétrage spécifique ? Par défaut, le milliard de connectés de la planète...

Circonstance aggravante : dans le monde virtuel du *world wild web*, ce village mondial plein de rumeurs et de provocations, la liberté d'expression paraît sans limites, surtout dans nos gauloises contrées naturellement frondeuses et à l'humour potache. *A fortiori* depuis l'irruption du web 2.0 (horizontal et interactif) la bêtise pense et peut, hélas, s'exprimer *urbi et orbi*.

Société de la réputation/liberté d'expression

Dans ce conflit des logiques, les employeurs estimant bien maîtriser leur communication (verticale), et le droit du travail se retrouvent fort dépourvus lorsque les réseaux horizontaux bruissent d'un *buzz* négatif, voire d'injures ou de diffamations (en l'espèce « extermination des directrices chieuses » ; « éliminons nos patrons et surtout nos patronnes mal baisées qui nous pourrissent la vie ! »). Comme s'il s'agit d'infractions de presse¹ – par définition publiées, excluant donc les correspondances privées – associant rude droit pénal

et très subtil droit de la presse comme l'a rappelé l'Assemblée Plénière le 15 février dernier², ils jouent souvent à l'employeur arrosé.

1 UN DROIT DÉLIBÉRÉMENT COMPLEXE

Légitimement reprise par la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, la loi du 29 juillet 1881 se voulant très protectrice de la liberté d'expression a soumis les délits de presse à un régime très complexe : prescriptions brèves (trois mois à compter de la mise en ligne), et moyens de défense efficaces : excuse de bonne foi pour la diffamation, de provocation pour l'injure, la personne diffamée ou injuriée devant être immédiatement identifiable³.

Ces délits que sont l'injure et la diffamation publiques, y compris par voie électronique, sont punis d'une amende de 12 000 euros... mais de 38 euros seulement, soit une brave contravention de 1^{re} classe si elles sont non publiques. Sans parler d'éventuels dommages-intérêts (dont le montant est substantiellement augmenté par les juges quand le net a relayé l'information en cause), la différence est sensible en termes de répression et donc d'exemplarité.

Injure (R. 621-2) : « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure ». À ne pas confondre avec une critique, même très vive : « Rose B. a tenu des propos d'une connerie affligeante » / TGI Paris (référé), 12 juin 2012 : « Même s'ils sont exprimés en termes vulgaires, vifs et désagréables, ces passages ne caractérisent pas une injure visant la personne de Rose B., mais seulement une appréciation très critique et ●●●

1. Et seulement de celles-ci : il va de soi qu'un contentieux pour savoir qui se cache derrière un usurpateur d'identité n'en relève pas : « L'examen des demandes formulées dans l'assignation démontre que celles-ci ne visent pas à faire cesser des propos injurieux ou diffamatoires, mais le fait qu'une personne non identifiée usurpe l'identité de Matbieu S. sur Twitter, peu important le contenu des propos qu'il tient en son nom ; une telle action n'est pas soumise aux conditions procédurales de la loi sur la presse, et l'exception sera rejetée » (TGI Paris, référé, 4 avr. 2013, Matbieu S./Twitter Inc.). Problème : l'exécution d'une décision française à l'encontre d'une société ayant son siège aux États-Unis, dont toutes les données sont stockées sur des serveurs américains, où par ailleurs la liberté d'expression est protégée par le 1^{er} amendement...

2. Cass. ass. plén., 15 févr. 2013 : « Selon l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 qui doit recevoir application devant la juridiction civile, l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable ; est nulle une assignation retenant ○○○

○○ pour le même fait la double qualification d'injure et de diffamation. »

3. Certains juges font semblant de ne rien voir : « Notre chef, il est vraiment autiste, non ? Tu ne connaîtrais pas un centre spécialisé où on pourrait le soigner ? D'ailleurs, est-ce que la commerie se soigne ? » avait écrit un journaliste de l'Est Éclair sur le mur Facebook d'une collègue. Cour d'appel de Reims, 9 juin 2010 : « Le terme "chef" ne s'apparentant pas systématiquement à la relation professionnelle, il existe une ambiguïté sur la personne visée » (annulation de l'avertissement... prononcé par le chef).

4. TGI Paris, 17^e ch. corr., 17 janv. 2012, n° 10/340083 : « Le passage litigieux (« Journée de merde, temps de merde, boulot de merde, boîte de merde, chefs de merde [...] ; J'aime pas les petits chefs qui jouent au grand »), dont il n'est pas contesté qu'il a été rédigé et posté sur le mur Facebook de « CGT-faptrwebbelp » par le prévenu, comporte clairement des expressions outrageantes à l'encontre de la direction de l'entreprise, ainsi que l'adresse de postage des propos mentionnant expressément le nom de la société et l'un de ses syndicats. Il n'est pas douteux, par ailleurs, à la lecture des pièces produites aux débats, que Virginie D., qui est la supérieure hiérarchique directe d'Eric B., se soit sentie – comme elle l'a rappelé à l'audience – visée personnellement par le terme de « petits chefs ».

Les expressions incriminées excèdent les limites de la critique admissible, y compris lorsqu'elle s'exerce dans un cadre syndical, par l'utilisation de mots ou de termes insultants ou injurieux voire vexatoires. Les propos seront donc considérés comme injurieux » (500 euros d'amende avec sursis).

5. CA Rouen, 15 nov. 2011, n° 11/01827.

6. Raison pour laquelle ce type de dérapage est tout à fait exceptionnel sur un réseau social interne, ○○○

●●● un jugement de valeur porté par l'auteur du blog sur ses déclarations.

Punie des mêmes amendes, mais beaucoup plus gênante en termes de réputation, *a fortiori* sur le Net, la diffamation (R. 621-1) : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. » Mais là aussi « ni l'inexactitude des propos ni leur caractère désobligeant ne suffisent à caractériser la diffamation. L'appréciation de l'atteinte portée à l'honneur ou à la considération doit se faire indépendamment du mobile de son auteur, comme de la sensibilité de la personne visée ou sa conception subjective de l'honneur et de la considération » (TGI Paris, 17^e ch., 18 mars 2013).

Faute de « publication », n'est pas visé par la loi de 1881 une courriel de personne identifiée à personne déterminée et individualisée. À l'instar d'une lettre-missive classique, c'est une correspondance privée : en prendre connaissance constitue le délit correctionnel de violation de correspondance (45 000 euros et un an de prison), même si le courriel titré « *privé* » arrive dans une entreprise ayant expressément interdit cette pratique (Cass. soc., 2 oct. 2001, Nikon).

2 LE NET : ESPACE PUBLIC OU NON PUBLIC ?

• S'agissant de blogs⁴ et autres sites directement accessibles au public (à partir de Google notamment), la question ne se pose guère car le caractère public – mieux : en théorie mondial – des propos est avéré. À moins qu'un code d'accès ne soit exigé pour accéder à certains espaces, comme c'est le cas pour nombre de sites syndicaux d'entreprises ne voulant pas permettre à des tiers d'avoir accès à des informations sensibles. Accès limité qui doit devenir la norme avec la création par la loi Sapin de la fameuse BDU, la banque de données unique...

Mais sur les réseaux sociaux généralistes, ces entreprises 100 % privées mais en position de quasi-monopole façon service public ?

• Twitter (8 millions de comptes en France, 500 millions dans le monde) joue le jeu de la transparence. Extrait des conditions de base : « Ce que vous dites sur Twitter est visible partout dans le monde instantanément. » En principe espace public donc, *a fortiori* dans ce monde de communicants à l'ego surdimensionné où ce qui compte est le nombre de suiveurs. Ces gazouillis (« *tweets* ») étant justement calibrés pour être lus et repris, il est toujours étonnant de voir de certaines personnalités, soit disant surprises par l'énorme buzz, se récrier sur le mode : « Si j'aurais su, j'aurais pas tweeté. » Car en l'absence de tout paramétrage spécifique, individu par indi-

vidu, une simple recherche sur Google conduira la terre entière – et pas seulement les abonnés – directement à vos *tweets*, devenus un art en moins de 140 signes. Résumez *Le Cid* ? « *Qu'il était joli, l'assassin de Papa !* »

• Et Facebook où sont présents deux salariés français sur trois, neuf ans seulement après sa création à Harvard ? Les juges du fond se sont divisés sinon opposés comme l'avait, très laconiquement, constaté la Cour de Rouen le 15 novembre 2011⁵ : « Il ne peut être affirmé de manière absolue que la jurisprudence actuelle nie à Facebook le caractère d'espace privé, alors que ce réseau peut constituer soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramétrages effectués par son utilisateur. »

3 SUMMA DIVISIO PUBLIC/ NON PUBLIC : LE PARAMÉTRAGE DE CHAQUE COMPTE FACEBOOK ?

Nos « *amis Facebook* » sont-ils nos amis ? Poser la question, c'est déjà y répondre : souvent de très vagues contacts, mais comme tout un chacun doit montrer qu'il a le maximum « *d'amis* », ils sont toujours acceptés. Y compris d'ailleurs des personnes qui ne vous veulent pas du bien, peuvent parfois faire une capture d'écran vous conduisant à Pôle Emploi, y compris effectuée par stagiaire ou tout simplement par pseudonyme⁶ interposés (stratagème exclu en droit du travail).

« *Ami !* » Montaigne et La Boétie doivent se retourner dans leur tombe.

Venant des « *Fraternités* » des grandes universités américaines (depuis un siècle, de très puissants « *réseaux sociaux* »), ce terme est certes historique. Mais il invite aussi (délibérément) à une proximité affective, aggravée par le lieu très privé où l'on se livre à cette activité (sa chambre) et qui ajoute à la confusion : si la vraie « *amitié* » relève de la vie privée (en moyenne six personnes), le vague « *contact* » que l'on n'a jamais vu est assimilable à la personne croisée une fois dans la rue, espace public.

4 « VIE PRIVÉE SOCIALE » CONTRE « VIE PRIVÉE PERSONNELLE » ?

Alors les « *amis d'amis* »... Absolument n'importe qui, comme l'avaient relevé deux affaires récentes.

• Dans l'affaire Alten – aujourd'hui pendante devant la Cour de cassation – c'est ce qu'avait jugé le CPH de Boulogne-Billancourt le 19 novembre 2010⁸ : « M. Y... a choisi dans le paramètre de son compte de partager sa page Facebook avec « *ses amis et leurs amis* », permettant ainsi un accès ouvert, notamment par les salariés ou anciens salariés de la société Alten » : pas d'atteinte à la vie privée.

• La Cour d'appel de Reims avait opiné en ce sens le 9 juin 2010 : « Nul ne peut ignorer que Facebook ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire. Le "mur" s'apparente à un forum de discussions qui peut être limité à certaines personnes ou non. M. X... évoque un accès bloqué à son profil sur Facebook à toute personne non souhaitée ; toutefois, en mettant un message sur le mur d'une autre personne dénommée "ami", il s'expose à ce que cette personne ait des centaines d'"amis" ou n'ait pas bloqué les accès à son profil, et que tout individu inscrit sur Facebook puisse accéder librement à ces informations (coordonnées, mur, messages, photos).

Dans ces conditions et contrairement à ce qu'avance le salarié, il ne s'agit pas d'une atteinte à la sphère privée au regard de tous les individus, amis ou non, qui peuvent voir le profil d'une personne et accéder à son mur et aux messages qu'elle écrit ou qui lui sont adressés. Il n'y a donc pas de violation de la correspondance privée. »

Alors, exclusivement les « amis » (au sens FB) = espace privé, et au-delà (« amis d'amis ») = espace public ? L'adolescente aux 869 amis gèrerait un espace privé fermé ? Et le juriste méfiant aux trois amis qui lui ont garanti la fiabilité de leurs quatre amis, un espace public ?

On souhaite bon courage aux juges pour trancher...

5 DES FAUX @MIS À LA PETITE COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS

« Éliminons nos patrons, et surtout nos patronnes mal baisées qui nous pourrissent la vie !!! » ; « Sarko devrait voter une loi pour exterminer les directrices chieuses comme la mienne ! » ; « Elle est plus que jamais motivée à ne pas me laisser faire. Y'en a marre des connes ! », etc.

Immédiatement mis en ligne sur Internet, l'arrêt de la première chambre civile du 10 avril 2013 retient une solution d'un grand classicisme : l'existence d'une « communauté d'intérêts ».

« Après avoir constaté que les propos litigieux avaient été diffusés sur les comptes ouverts par Mme Y... tant sur le site Facebook que sur le site MSN, lesquels n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, la cour d'appel a retenu que celles-ci formaient une communauté d'intérêts. Elle en a exactement déduit que ces propos ne constituaient pas des injures publiques. »

Selon notre collègue spécialiste Yves Mayaud, exclut en effet le caractère public « l'appartenance commune, des inspirations ou des objectifs partagés, formant une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçue comme regroupant des tiers par rapport à l'auteur des propos ».

• C'est certainement le cas d'un « groupe Facebook » fermé, par exemple créé par des

salariés d'une même entreprise pour parler philatélie ou course à pied.

• Même s'ils ont en commun de vous apprécier, voire d'aimer le droit du travail, vos 142 « amis » constituent-ils pour autant une communauté d'intérêts ? Sélectionner ses contacts, est-ce en constituer une ? Quelles sont leurs seules « affinités », sinon voir et être vus sur Facebook ?

La jurisprudence est heureusement plus sévère : s'agissant d'universitaires ayant mis en ligne une pétition diffamatoire, la Cour d'appel de Paris avait remarqué, le 16 janvier 2003, que « la communauté scientifique ne se confond pas avec la communauté d'intérêts, la qualité d'universitaires-chercheurs étant insuffisante pour la caractériser ». Exact.

• L'arrêt du 10 avril 2013 précisant à juste titre que le profil Facebook en cause « n'était en l'espèce accessible qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint », sont donc exclus les comptes ouverts aux amis d'amis, et *a fortiori* publics. Mais on peut aussi s'attendre à une magnifique casuistique : 6 amis : ça va ; 20 : bon ; 30 : peut être ? Mais sachant que la moyenne française est de 210 et qu'en dessous de 100, on passe pour un être asocial ? Contrairement à ce que laisse penser une lecture un peu rapide, l'arrêt du 10 avril 2013 signifie donc que la majorité des comptes Facebook est publique.

Mais la récente modification du paramétrage par Facebook, avec de nouvelles options « amis, sauf connaissances » et « amis proches » ne va-t-elle pas dans le sens de la communauté d'intérêts ? Question très, très perverse : en termes de vie privée, le titulaire ayant à sa disposition ces nouvelles options nettement plus restrictives ne va-t-il pas être moins sur la défensive, davantage s'épancher et donc donner encore davantage d'informations en pensant qu'il ne « parle » qu'à ses « amis proches » ?

Car l'idée de « communauté d'intérêts » appliquée à Facebook, dont le modèle repose sur la monétisation de la vie privée des « amis » et qui joue justement sur cette idée de « communautés » qui se croisent puis s'enlacent au plus grand bonheur des annonceurs et donc de Facebook... Allant toujours plus loin dans le *data-mining*, ce duo constitue une véritable communauté d'intérêts.

6 « QUAND SUR INTERNET ON TE PROPOSE UN SERVICE GRATUIT, TU N'ES PAS LE CLIENT : TU ES LE PRODUIT »

Ce réseau « social », où l'on « surfe » nuit et jour avec des dizaines « d'amis » dans la pénombre de sa propre chambre, affiche ●●●

○○○ où le pseudonymat est exclu, et l'accès de l'employeur garanti. 7. Pour reprendre le distinguo de Ludovic Pailler (« Les réseaux sociaux et le respect du droit à la vie privée », éd. Larcier, 2012). L'auteur y oppose la « vie privée personnelle » telle qu'elle ressort classiquement de l'article 9 du Code civil, et la « vie privée sociale » reprenant ainsi l'expression de notre collègue J.-P. Marguénaud, elle-même issue de l'arrêt Niemiets de la CEDH évoquant « la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. C'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur », et qui s'épanouit pleinement dans Facebook and Co. Mais opposition bien réelle entre elles, car la vie privée sociale peut porter, surtout sur les réseaux sociaux, de graves atteintes à la vie privée personnelle... et à la vie professionnelle (« licencement Facebook »). 8. CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, nos 10/00853 et 09/00316. 9. Ce qui fait souvent très désordre face aux lois informatique et libertés, et plus généralement à la protection des données personnelles ayant accès au rang de droit fondamental avec l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. D'où la guerre de tranchée entre le G 29 européen, Facebook et Google, fermement relayée par la CNIL le 10 sept. 2012 : « Le fonctionnement de la majorité des réseaux sociaux repose sur la mise à disposition d'un service gratuit en contrepartie d'une collecte d'informations pour une utilisation commerciale (analyse des profils et de la navigation sur Internet pour délivrer de la publicité ciblée, transmissions de données à des tiers, ...). Or, il est difficile de déterminer le devenir de ces informations une fois qu'elles sont sur le réseau. »

●●● chaque jour davantage sa préoccupation essentielle : le respect de la vie privée de chacun. Or par définition, il ne peut se développer qu'en obtenant toujours plus de renseignements sur celle-ci afin de vendre cet exceptionnel ciblage aux publicitaires qui le font vivre⁹.

Osons donc sortir du strict cadre juridique pour examiner le modèle économique de ces réseaux dits gratuits, entreprises privées obtenant au préalable l'adhésion de chaque membre les autorisant à modifier comme bon leur semble leurs conditions générales d'utilisation, et, le cas échéant, le paramétrage.

Ce qu'a fait la Cour d'appel de Besançon dans son remarquable arrêt du 15 novembre 2011¹⁰ :

« Facebook a pour objectif affiché de créer entre ses différents membres un maillage relationnel destiné à s'accroître de façon exponentielle par application du principe "les contacts de mes contacts deviennent mes contacts" afin de leur permettre de partager toutes sortes d'informations; ces échanges s'effectuent librement via "le mur" de chacun des membres auquel tout un chacun peut accéder si son titulaire n'a pas apporté de restrictions;

Il s'ensuit que ce réseau doit être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace

public; il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos tenus sur Facebook, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son "mur". »

Facebook est en effet un espace public par destination.

7 DEUX CONCLUSIONS

1/« *Chieuse* », « *conne* », « *mal baisée* ». Rappelons que sur la cinquième branche du moyen, la première chambre civile venant d'exclure l'injure publique, le tribunal correctionnel n'absout pas pour autant l'auteur de qualificatifs si délicats : « *Pour rejeter les prétentions de Mme X..., la cour d'appel s'est bornée à constater que les propos litigieux ne constituaient pas des injures publiques. En statuant ainsi sans rechercher, comme il lui incombait de le faire, si les propos litigieux pouvaient être qualifiés d'injures non publiques, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé.* »

Mais :

– contravention de 1^o classe, la diffamation non publique n'est constituée que lorsque l'envoi a été fait dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel ;

– et sa sanction : 38 euros d'amende à l'issue d'un très hypothétique procès pénal devant le tribunal de Police, n'est pas vraiment dissuasive ;

– sans oublier que, comme ailleurs sur Internet, un contentieux a souvent un effet contreproductif en attirant l'attention de la ville entière sur des dérapages restés confidentiels. Si l'on est très optimiste, Facebook a prévu une procédure interne de signalement des infractions ou des abus.

2/« *Licenciement Facebook* »? Conséquences en droit du travail de cet arrêt, dont on peut penser que la chambre sociale reprendra les termes.

– L'employeur ou un collègue voulant en tant que citoyen poursuivre pénalement un collaborateur en lui reprochant de l'avoir déconsidéré, insulté, injurié, ridiculisé, diffamé sur Facebook doit être sûr de son fait, et ne pas se tromper de terrain : injure?, diffamation?, atteinte à la vie privée?, dénigrement d'un produit?

– Côté salarié, l'arrêt du 10 avril 2013 ne signifie en aucun cas que la Cour de cassation déclare « *privées* » toutes les conversations sur Facebook : c'est même l'inverse, vu la double condition posée¹¹. Ce qui incite évidemment à limiter le nombre de ses « *amis* », et à paramétrer son profil en conséquence, au-delà de l'aspect probatoire. Car pour qu'il y ait procès, il faut que l'employeur ait été mis au courant du dérapage : souvent par un faux « *ami* », car il est exceptionnel qu'un collaborateur accepte son manager ou employeur comme ami.

– Plus généralement, la casuistique à laquelle cet arrêt conduit devrait inciter les collaborateurs à être plus prudents dans leur expression sur les réseaux sociaux externes : un QI numérique minimum est désormais exigé¹².

– Car en termes de licenciement¹³, et en attendant l'arrêt Alten dont le pourvoi, suite à l'arrêt de la Cour de Versailles qui avait botté en touche (application de la règle « *non bis in idem* »), est aujourd'hui pendant devant la Cour de cassation, de telles prises à partie peuvent aisément sortir du seul Facebook et, en se diffusant sur le web, constituer un trouble objectif grave permettant de licencier, non pour faute disciplinaire toujours risquée s'agissant *a priori* de liberté d'expression dans le cadre de la vie privée, mais pour cause réelle et sérieuse.

Et pour prévenir ces dérapages externes : créer un réseau social interne. Mais avant tout, de la pédagogie vivante avec exemples concrets, comme l'ont fait AXA ou BNP-Paribas. ■

L'arrêt du 10 avril 2013 ne signifie en aucun cas que la Cour de cassation déclare « *privées* » toutes les conversations sur Facebook. C'est plutôt l'inverse !

10. CA Besançon, 15 nov. 2011, n° 10/02642.

11. Dans le même sens, CNIL, 10 janvier 2011, à propos de l'affaire Alten : « Les propos tenus ont perdu leur caractère privé du fait qu'ils étaient accessibles à des personnes non concernées par la discussion ».

12. Selon l'étude faite par l'IFOP en mars 2013, 76 % des internautes préfèrent critiquer quelqu'un de leur entourage entre amis et non pas sur Facebook.

13. Comme « les paroles s'envolent, mais les écrits restent », le temps ne fait rien à l'affaire en termes de rapports employeur/salarié.