

« À PROPOS DE LA VINDICTE À PORTÉE DE CLICS »

par **Tahina Fabrice RAKOTOARISON**, Docteur en droit de l'Université Paris 1, Enseignant-Chercheur, CDEP, Université d'Artois.

Les libertés « d'expression, de communication et de presse » rappelle la Constitution de la République de Madagascar sont « garanties à tous »¹. Il s'agit, selon la Haute Cour Constitutionnelle d'« un acquis constitutionnel important, d'autant plus précieux que son exercice (celui de la liberté d'expression et de communication) est une condition de la démocratie et constitue l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés ainsi que de la souveraineté nationale [...] elle apparaît, à bien des égards, comme étant l'un des fondements les plus importants d'une société démocratique »².

Consciente de cet acquis, la société malgache entend en user et en jouir de la façon la plus large. Le formidable essor des médias privés en atteste³ alors que le développement d'internet et celui de l'utilisation des réseaux sociaux⁴ ont probablement amplifié le phénomène.

C'est que, ceux-ci ont démocratisé si l'on ose dire l'exercice de la liberté d'expression. Il est vrai que nombre d'utilisateurs de ces réseaux se sentent désormais investis de cette mission de « chien de garde de la démocratie »⁵.

On observe ainsi que les utilisateurs malgaches des réseaux sociaux ne se privent pas de s'en servir pour dénoncer des comportements qu'ils jugent inadaptés dans une société démocratique. Parmi tant d'autres, on relèvera notamment l'utilisation abusive d'un bien public en l'espèce d'un véhicule de fonction, qui a été postée sur Facebook et a fait l'objet de multiples « like » et d'innombrables partages⁶. L'ampleur du phénomène a forcé les gouvernants à réagir en limogeant le responsable à qui ce véhicule était attribué. Preuve s'il en est que la méthode porte ses fruits.

Pour autant, on sait aussi que pour fondamental qu'il est, l'exercice de la liberté d'expression ne saurait être absolu. Il est limité « par le respect des libertés et droits d'autrui, et par

¹ Article 10.

² Décision n° 30-HCC/D3 du 12 août 2016 relative à la loi n° 2016-029 portant code de la communication médiatisée.

³ V. Not L. RANDRIATAVY, « L'illicite dans l'économie des médias », *Annales Droit*, 2017 NS, n° 7, p. 181 à 191.

⁴ Not F. ESOAVELOMANDROSO, « Droits et protection de l'enfant à Madagascar à l'ère d'internet », *Annales Droit*, 2018, NS, n° 8, p. 57-73, spéc p. 57.

⁵ CEDH, 27/03/1996, *Godwin c/Royaume-Uni*, D. 1997. somm. 211, obs N. FRICERO.

⁶ Sur cette affaire v. not. Mandimbisoa R, « Une voiture avec plaque rouge comme tête de cortège de mariage crée une polémique », disponible sur <https://www.madagascar-tribune.com>.

l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, de la dignité nationale et de la sécurité de l'État.»⁷ Autrement dit, l'exercice de la liberté d'expression ne saurait se faire de manière abusive.

Et là encore, autant l'utilisation d'internet et des réseaux sociaux amplifie l'exercice de la liberté d'expression autant elle risque d'en amplifier de manière proportionnelle l'abus⁸.

Une forme particulière d'abus attire l'attention. L'observation de la pratique des utilisateurs malgaches de ces réseaux montre qu'il est devenu courant d'y poster et de partager, photos à l'appui l'identité d'un fonctionnaire (des douanes) ou autres services que l'on accuse de corruption. Ou encore, de manière récurrente, d'aide-ménagères accusées de vol pour lesquelles photo et carte d'identité nationale sont postées sur les réseaux en une sorte de *wanted* sans autre forme de procès.

Ces pratiques constituent assurément des vindictes publiques, c'est-à-dire une désignation de quelqu'un ou un signalement de celui-ci au public « comme coupable de quelque chose et méritant châtement »⁹. Celles-là sont peut-être moins choquantes¹⁰ et plus insidieuses puisqu'à portée de clics, elles n'en demeurent pas moins potentiellement préjudiciables à la personne qui en est victime. Ce n'est rien bien moins qu'une atteinte à son honneur et à sa considération dont elle peut souffrir.

D'où l'intérêt de s'interroger sur les outils juridiques dont elle dispose pour faire valoir ses droits le cas échéant. Pour ce faire au-delà de l'identification des divers fondements possibles de l'action de la victime (§ 1), il s'agit aussi d'analyser les difficultés ou les questionnements qui pourraient surgir quant à leur mise en œuvre (§ 2).

§1 – LES FONDEMENTS

Nombre de textes peuvent être mobilisés. La victime s'appuiera en priorité sur les dispositions de droit spécial (A). Néanmoins, des textes à portée plus générale pourront également être sollicités (B).

A) Le droit spécial

Il a déjà été relevé ailleurs que face au formidable essor de la numérisation, de l'utilisation d'Internet et donc dans son sillage, celle des réseaux sociaux, le législateur malgache a pris un certain nombre de textes dans l'objectif de saisir les défis nouveaux que

⁷ Art 10 préc. Constitution.

⁸ Plus généralement, v. R. RAKOTOBÉ, « De l'illicite dans les réseaux sociaux », *Annales Droit*, NS 2017, n° 7, pp. 175 à 180.

⁹ V définition « Vindicte » in *Dictionnaire Petit Robert*.

¹⁰ M. RAKOTOBÉ note « Mais ce qui interpelle c'est qu'une telle pratique, pourtant illicite semble recevoir l'assentiment des utilisateurs des réseaux sociaux puisqu'elle a été largement commentée et partagée par eux. » in art. préc. spéc. 176.

cela entraînait¹¹. Assurément, la question de la vindicte sur les réseaux sociaux participe de ces derniers. Elle peut probablement heurter certains aspects du droit de la protection des données à caractère personnel (1), mais sans doute, le véritable siège de la matière se niche-t-il dans la loi sur la lutte contre la cybercriminalité (2).

1) La protection des données à caractère personnel

En reprenant les exemples sus cités, on ne peut que s'interroger sur l'applicabilité de la loi 2014-038 sur la protection des données à caractère personnel¹². Certes, rechercher la responsabilité de la personne physique qui « poste » les données à caractère personnel de la personne concernée sur un groupe d'un réseau social connu semble difficilement concevable. Il est certain qu'un tel traitement n'est en lien ni avec une activité commerciale ni professionnelle¹³. Rappelons que la loi ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles¹⁴.

Cependant, on ne peut douter que le réseau social concerné tombe sous le coup de la loi 2014-038 comme responsable du traitement¹⁵. Deux mécanismes méritent ainsi d'être relevés.

D'un côté, l'article 71 de cette loi sanctionne¹⁶ le traitement des données à caractère personnel dont « la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée » ou encore « de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir ».

De l'autre côté, la personne concernée justifiant d'un motif légitime peut exercer son droit de s'opposer à figurer dans un traitement¹⁷. En la matière, la Commission Malagasy de l'Informatique et des Libertés aura un rôle déterminant à jouer puisqu'il lui appartient d'apprécier le caractère légitime du motif

¹¹ T. F. RAKOTOARISON, « De la protection des données à caractère personnel à Madagascar », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, SL V.5, p. 61-82, Avril 2019, disponible à l'adresse :

<http://ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/301/489>

¹² JO n° 3630, du 20 juillet 2015, p. 3272 ; sur cette loi, T. F. RAKOTOARISON, art. préc.

¹³ Pour la définition des activités personnelles ou domestiques comp cons 18 RGPD « Le présent règlement ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel effectués par une personne physique au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques, et donc sans lien avec une activité professionnelle ou commerciale ».

¹⁴ Art. 5 al. 2.

¹⁵ Comp cons 18 RGPD *in fine*, « Toutefois, le présent règlement s'applique aux responsables du traitement ou aux sous-traitants qui fournissent les moyens de traiter des données à caractère personnel pour de telles activités personnelles ou domestiques. »

¹⁶ La peine encourue est un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 1.000.000 Ariary à 10.000.000 Ariary.

¹⁷ Art. 22 al. 1er L. 2014-038.

en cas de contestation¹⁸. Par ailleurs, le non-respect de ce droit d'opposition emporte des sanctions pénales¹⁹.

En tout état de cause, dans les deux hypothèses, « l'effacement de tout ou partie des données à caractère personnel faisant l'objet du traitement ayant donné lieu à l'infraction peut être ordonné. »²⁰

2) La loi sur la lutte contre la cybercriminalité

Il s'agit de la pierre angulaire du dispositif. En effet, cette loi²¹ ambitionne de regrouper « toutes les infractions pénales susceptibles de se commettre sur ou au moyen d'un système informatique généralement connecté à un réseau »²².

Dans notre hypothèse de travail, elle est particulièrement intéressante puisqu'elle incrimine les atteintes aux personnes physiques²³ par le biais d'un système d'information. Plus particulièrement son article 20 sanctionne l'injure ou la diffamation²⁴, autrement dit des délits de presse.

À cet égard, des observateurs avisés²⁵ ont, à juste titre relevé, que « la cybercriminalité » est « au cœur du processus de dépenalisation des délits de presse à Madagascar » tant et si bien que ledit article 20 dans sa version modifiée²⁶ écarte toute peine privative de liberté.

Il a également été observé que cette disposition ne définit pas au préalable les infractions qu'elle entend réprimer²⁷. Mais surtout, de manière un peu surprenante, la lecture de l'article 20 fait ressortir

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ La peine encourue est un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 800.000 Ariary à 8.000.000 Ariary : v. Art 67.

²⁰ Art. 72.

²¹ Loi n° 2014-006 sur la lutte contre la cybercriminalité, JO n° 3574 du 8/09/2014, p. 3478 modifiée et complétée par la loi n° 2016-031 du 23 août 2016, JO n° 3746 du 17/04/2017, p. 2166.

²² Cf exposé des motifs.

²³ Chapitre II de la loi.

²⁴ Art 20 al 1^{er} modifiée par la loi 2016-031 préc. : « L'injure ou la diffamation commises envers les Corps constitués, les Cours, les Tribunaux, les Forces Armées nationales ou d'un État, les Administrations publiques, les membres du Gouvernement ou de l'Assemblée parlementaire, les fonctionnaires publics, les dépositaires ou agents de l'autorité publique, les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, les assesseurs ou les témoins en raison de leurs dépositions, par les moyens de discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans les lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par le biais d'un support informatique ou électronique, sera punie d'une amende de 2.000.000 Ariary à 100.000.000 Ariary ou l'une de ces peines seulement. »

²⁵ R. RAKOTOBÉ et L. RANDRIANTAVY, « La cybercriminalité, au cœur du processus de dépenalisation des délits de presse à Madagascar », *Annales Droit*, 2017, NS, n° 7, p. 27 à 44.

²⁶ Comp. dans sa version initiale, l'article 20 prévoyait une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 2 000 000 Ariary à 100 000 000 Ariary ou de l'une de ces peines seulement.

²⁷ R. RAKOTOBÉ, art. préc. spéc. 179, l'affirmation peut sans doute être néanmoins tempérée par le fait que la loi sur la communication n° 90-031 du 21/12/1990, encore en vigueur à l'époque comportait de telles définitions Art 82 et 86.

que si l'injure commise envers les particuliers *via* un support informatique ou électronique fait l'objet de dispositions spécifiques²⁸, il apparaît que la diffamation envers les particuliers par les mêmes moyens n'a pas eu le même honneur.

Il faut par ailleurs ajouter qu'en dépit de la formulation large de l'article 37 de la loi²⁹, la tentative de commission ne s'applique certainement pas aux délits de presse.

En somme d'un côté, le droit de la protection des données à caractère personnel peut être utilement sollicité non seulement en soulevant une atteinte à la vie privée, mais surtout en se prévalant du droit d'opposition. De l'autre côté, la loi sur la cybercriminalité permet *a priori* de sanctionner des délits de presse usant d'Internet. Toutefois, le droit d'opposition mis à part, les notions ainsi convoquées ne semblent pas être l'apanage du droit spécial.

B) Le droit général

À côté des dispositions de droit spécial sus-évoquées, on peut également s'interroger sur la possibilité de soulever un texte à portée plus générale tel le code de la communication médiatisée (1) voire, de s'appuyer sur le droit commun (2).

1) Le code de la communication médiatisée

En réalité, il s'agit de la loi n° 2016-029³⁰ faussement dénommée code de la communication médiatisée. Loi controversée s'il en est au regard de certaines de ses dispositions, mais aussi pour sa facture qu'on peut difficilement qualifier de bonne; elle est néanmoins amenée à évoluer très prochainement³¹.

Il reste que cette loi de portée plus générale, puisqu'elle s'applique à toute communication médiatisée³², constitue donc le siège naturel des délits de presse sus évoqués. Elle s'est en outre évertuée à sanctionner les atteintes à la vie privée et au droit à l'image résultant de cette communication médiatisée.

Ainsi, s'agissant de la diffamation et de l'injure, contrairement à la loi 2014-006 précitée, la loi sur la communication médiatisée en a posé les définitions.

²⁸ Art. 20 al. 2 : « L'injure commise envers les particuliers, par le biais d'un support informatique ou électronique, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocation, sera punie d'une peine d'amende de 100 000 Ariary à 10 000 000 Ariary ».

²⁹ Art. 37 : « Quiconque tente de commettre une des infractions prévues aux articles de la présente loi est puni des peines prévues pour l'infraction elle-même ».

³⁰ JO n° 3711 du 12/10/2016, p. 5863 modifiée par la loi n° 2017-011 portant politique nationale du cinéma et de l'image animée, JO n° 3801 du 26/02/2018, p. 865.

³¹ Projet de loi n° 004/2019 du 2 octobre 2019 portant modification de certaines dispositions de la Loi 2016-029 du 14 juillet 2016 portant code de la communication médiatisée.

³² Définie par l'article 1^{er} -8 comme : « une communication qui se fait par l'intermédiaire des médias écrits ou audiovisuels ou électroniques ou des discours, des communications dans les lieux publics et par voie d'affiches et d'annonces exposées au public, que cette communication soit sous la forme d'une diffusion d'une proximité ou de masse ».

La diffamation s'entend alors de « toute allégation ou imputation d'un fait incorrect qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, à la présomption d'innocence dont elle bénéficie avant toute condamnation définitive, ou d'un corps auquel le fait est imputé [...] à condition qu'il en résulte un préjudice personnel et direct à la personne ou au corps visé. »³³ On relèvera spécialement que cette définition intègre pleinement la présomption d'innocence marquant ainsi le choix du législateur pour la voie pénale en la matière³⁴. On relèvera également que contrairement à la loi 2014-006 précitée, elle contient des dispositions spécifiques à la diffamation envers les particuliers³⁵.

L'injure, quant à elle, est « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invectives qui ne renferment l'imputation d'aucun fait et proférés contre une personne »³⁶. Seulement, on peine à trouver dans la loi des dispositions spécifiques à l'injure à l'égard des particuliers³⁷. De surcroît, l'article 24 alinéa 2 de cette loi³⁸ contient une erreur manifeste en renvoyant à l'article 21 de la loi sachant que cette dernière est relative au droit à l'image.

Droit à l'image et autres atteintes à la vie privée que la loi, dans sa version en vigueur, sanctionne de manière distincte³⁹. L'atteinte à la vie privée résulte de la divulgation de l'intimité de la vie privée d'autrui par les moyens précisés par la loi⁴⁰ et est sanctionnée par une peine d'amende⁴¹.

Le droit à l'image est quant à lui affirmé par l'article 21. Précision faite qu'une atteinte à celui-ci est conditionnée par l'existence d'un préjudice subi par le plaignant⁴².

Il reste que sur ce point le projet de loi tendant à corriger les défauts de cette loi 2016-029 semble apporter plus de confusions qu'elle n'en dissipe puisqu'elle entend intégrer dans l'article 20 relatif aux atteintes à la vie privée⁴³, les atteintes au droit à l'image tout en maintenant l'article 21 traitant du droit à l'image. On ne

³³ Art. 23 al.1^{er}.

³⁴ Comp. Art. 9-1 C. civ français.

³⁵ Art. 23 al. 4 « La diffamation commise par les mêmes moyens contre une personne, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un assesseur à l'occasion de leurs fonctions ou un témoin à raison de sa déposition est punie d'une peine d'amende de 1 000 000 à 2 000 000 Ariary ».

³⁶ Art. 24 al. 1^{er}.

³⁷ Comp. Art. 86 al. 2 de la loi n° 90-031 du 21/12/1990.

³⁸ Art. 24 al. 2 : « L'injure commise par les mêmes moyens envers les corps ou les personnes désignées à l'article 21 du présent code est passible d'une peine d'amende de 1 000 000 à 2 000 000 Ariary ».

³⁹ V. R. RAKOTIBE et L. RANDRIATAVY, art. préc. spéc. 38.

⁴⁰ Art. 20 al. 2.

⁴¹ Art. 20 *in fine* prévoit une peine d'amende de 1 000 000 à 6 000 000 Ariary.

⁴² Art. 21 al. 2.

⁴³ Art. 20 al. 1^{er} du projet de loi : « Le droit à l'image est le droit pour toute personne de s'opposer à la fois à la capture de son image et de ses biens et à la diffusion de celle-ci, sans son consentement préalable et exprès. Le droit à l'image et à la vie privée porte sur la protection contre toute atteinte portée au droit au nom, à l'image, à la voix, à l'intimité, à l'honneur, à la réputation, à l'état de santé, à la vie sentimentale, à l'image, à la pratique religieuse, aux relations familiales, et, tout ce qui relève de la sphère intime et personnelle d'une personne. »

peut que douter que ledit projet atteigne dans ses conditions ses objectifs.

Quoi qu'il en soit « le code » de la communication médiatisée offre donc à toute personne s'estimant victime d'une vindicte à portée de clics, la possibilité soit de s'appuyer sur les délits contre les personnes *i.e* la diffamation ou l'injure soit de faire valoir des atteintes à leur vie privée ou à leur droit à l'image. Reste à savoir si au-delà, le droit commun peut être éventuellement sollicité.

2) Le droit commun

Au vu de tout ce qui a été précédemment développé, l'aspect répressif est particulièrement étoffé tant dans le droit spécial que dans le texte relatif à la communication médiatisée. Ce n'est là sans doute que la conséquence logique du fait que le Code pénal malgache semble avoir complètement ignoré ces problématiques. Comme le relève M. Rakotobe, « Seules sont sanctionnées des infractions de dénunciations calomnieuses et abusives et qui reposent en fait sur une appréciation du juge pénal quant à la détermination des éléments constitutifs des infractions en question »⁴⁴.

Il reste alors à se demander si le droit civil ne pourrait être mobilisé. La question est celle-ci : la personne victime de cette forme d'abus de la liberté d'expression peut-elle demander et éventuellement en obtenir réparation sur la base du droit civil ?

En droit malgache, la responsabilité extracontractuelle fait l'objet des articles 204 et suivants de la Loi sur la Théorie Générale des Obligations⁴⁵. Plus précisément l'article 217 dispose que « Les dommages indépendants de toute atteinte physique aux personnes ou aux biens n'engagent la responsabilité de leur auteur que si celui-ci a commis une faute » et d'ajouter en son alinéa 2 qu'« il en est ainsi notamment de l'atteinte aux droits de la personnalité et de la lésion d'intérêts économiques ».

Sur le principe, rien n'empêche donc de se fonder sur cette disposition. Seulement, au regard du choix du législateur d'opter pour la voie pénale pour les abus de la liberté d'expression on peut se demander ce qu'il reste de la voie civile. En ce sens, s'agissant plus précisément de la loi sur la lutte contre la cybercriminalité quand celle-ci était à l'état de projet, les professeurs Ramarolanto-Ratiaray et Seube ont relevé qu'« en ne prévoyant que des dispositions pénales, il (le projet de loi) tend à indiquer un régime spécifique à cette activité et semble indiquer un refoulement des dispositions de la LTGO »⁴⁶.

⁴⁴ R. RAKOTOBÉ, « De l'illicite dans les réseaux sociaux », préc. spéc. 178.

⁴⁵ V. RAMAROLANTO-RATIARAY et J-B SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache*, Tome 2, Jurid'ika et coopération Franco-Malgache, 2014, avant-propos A . RAHARINARIVONIRINA, préf. Ch. CADOUX.

⁴⁶ *Ibidem*, spéc. 47 n°53.

Sans doute, des nuances peuvent être apportées, mais c'est déjà s'avancer sur la mise en musique de ces différents textes.

§ 2 – LA MISE EN ŒUVRE

D'un côté, la relative profusion de textes pouvant être sollicités pose bien évidemment des interrogations quant à leur articulation (A). De l'autre côté, cette relative abondance n'en laisse pas moins que des questions demeurent en suspens (B).

A) Des questions d'articulation

Elle se pose d'abord par rapport aux différents textes répressifs existants (1), mais il s'agit aussi de l'articulation de ces derniers avec le droit civil (2).

1) Articulation des textes répressifs entre eux

Dans un premier temps, s'agissant de la diffamation et de l'injure, leurs incriminations on l'a vu, relèvent de deux textes potentiellement applicables. Toutefois, dès lors que l'on s'intéresse à la vindicte à portée de clics, la première clé de solution d'éventuels conflits entre ces textes ce serait d'en appeler au principe *specialia generalibus derogant*. La loi sur la cybercriminalité étant le droit spécial c'est donc celle-là qui a vocation à s'appliquer⁴⁷.

Mais, d'une part l'affirmation doit être relativisée en cas de lacune de la loi sur la cybercriminalité. En l'occurrence, cette dernière ne comporte aucune disposition processuelle. Est-ce à dire que dans ce cadre, les actions relatives à la diffamation ou à l'injure relèvent du droit commun ou plutôt que dans le silence de la loi sur la cybercriminalité, il faille se reporter aux dispositions de la loi sur la communication ? C'est cette dernière option qui nous semble la plus pertinente.

Plus précisément, les articles 36 et suivants de la loi portant code de la communication⁴⁸ devraient donc être applicables à la diffamation et l'injure prévues par l'article 20 de la loi 2014-006.

De même, rappelons que la loi sur la cybercriminalité n'a pas prévu le cas de diffamation à l'égard des particuliers⁴⁹, il serait donc logique dans ce cas-là que le code de la communication reprenne son empire.

D'autre part, on peut se demander si même pour certains cas expressément prévus par la loi sur la cybercriminalité, évincer la compétence de la loi portant code de la communication s'impose avec la force de l'évidence. Prenons le cas d'une diffamation à l'égard d'un citoyen chargé d'un service public. Aux termes de la

⁴⁷ R. RAKOTOBÉ et L. RANDRIATAVY, art. préc. spéc. 28.

⁴⁸ Ces articles traitent de la procédure, sur ces points voir les analyses de M. RAKOTOBÉ et Mme RANDRIATAVY, art. préc. spéc. 42 et s.

⁴⁹ *Supra*.

loi sur la cybercriminalité, lorsque celle-ci se fait en l'occurrence par le biais d'un support informatique ou électronique la peine encourue est une amende de 2 000 000 ariary à 100 000 000 Ariary⁵⁰. Sauf que, une publication électronique peut aussi être le vecteur des cas de diffamation prévus par le code de la communication⁵¹. De surcroît, ce texte a une portée générale⁵² et les incriminations ainsi visées ne semblent pas être restreintes au seul cas des journalistes⁵³. Il en résulte donc que le même délit est sanctionné par la loi sur la communication d'une peine d'amende de 1 000 000 à 2 000 000 ariary.⁵⁴

On peut dès lors considérer que les dispositions de la loi sur la cybercriminalité étant contraires à celles sur le code de la communication, elles doivent donc être écartées⁵⁵.

Il y a là certainement une harmonisation à effectuer qui peut se mener aisément si l'on veut bien faire de la loi sur la communication le siège des délits de presse et le cas échéant fixer des peines différentes lorsque ceux-ci sont commis par le moyen électronique ou informatique⁵⁶. Autrement dit, reconnaître que ces délits, lorsqu'ils sont commis par de tels moyens ont une spécificité telle qui mérite une sanction différente de celle fixée par le code de la communication.

Quoi qu'il en soit, une fois la question du texte applicable résolue, sans entrer en détail dans le régime de ces infractions⁵⁷, deux remarques méritent d'être soulignées.

Il faut en effet rappeler que la qualification de ces délits de presse est fonction de l'appréciation du caractère public des propos tenus ou plus exactement des contenus s'agissant des réseaux sociaux⁵⁸. La notion de communauté d'intérêts⁵⁹ est de ce fait essentielle en la matière et donc, celle des réglages définis par

⁵⁰ Art. 20 al.1^{er}.

⁵¹ Art. 23 al. 2.

⁵² Rappelons qu'aux termes de la loi en son article 2-35, media online ou communication numérique s'entend de « conception, publication et diffusions d'informations diverses sur le web » comp. art. projet d'article 2 n° 35 « presse en ligne ou communication numérique : conception, publication et diffusion d'informations diverses sur les réseaux sociaux et le web. » Du reste il a été soulevé que « le média internet a pour caractéristique de ne pas être réservé aux organes de presse et de communication [...] » : cf C. CASTETS-RENARD, *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien Lextenso, 2012, spéc. 326, n°852.

⁵³ Le texte précisant en l'occurrence quand il incrimine spécialement les journalistes v not Art. 20 al. 1^{er} et proposition d'article 20 al. 5.

⁵⁴ Art. 23 al. 4.

⁵⁵ Art. 208 : « Toutes les dispositions antérieures contraires au présent code restent et demeurent abrogées [...] ».

⁵⁶ Comme c'est le cas en matière d'injure Art. 20 al. 2 de la loi n° 2014-006.

⁵⁷ Pour une présentation détaillée v. not. R. RAKOTOBE et L. RANDRIATAVY, art. préc. spéc 37 et s et 42 et s.

⁵⁸ En ce sens, B. AUROY et E. STELLA, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *Droit Pénal*, 1/06/2017, n° 6, p. 7 à 11.

⁵⁹ *Ibidem*. spéc. 32 comp not. A. LEPAGE, « Injures - La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux », obs. sous Cass 1^{ère} civ, 10/04/2013, n°11-19.530, FS-P+B+I ; CCE N°7-8, juillet 2013 comm. 81 ; égal. B. AUROY et E. STELLA, art. préc. *loc. cit.*

l'utilisateur du réseau⁶⁰ pour définir l'accessibilité à ses publications. Cela est particulièrement vrai s'agissant de la diffamation. *A fortiori*, on comprend dès lors que des échanges demeurés dans les « MP » ne puissent à juste titre relever de l'article 20 précité de la loi 2014-006⁶¹. L'injure appelle sans doute une certaine nuance.

Au vrai, les textes les plus récents n'ont pas repris la distinction entre injure publique et non-publique de l'ancienne loi sur la communication. Sous l'empire de cette dernière, l'injure qui n'était pas publique relevait de la contravention⁶². L'abandon de cette distinction suppose donc que peu importe le caractère public ou non de l'injure, ou plus exactement le caractère restreint ou étendu du public, l'injure est passible des peines prévues à l'article 20 de la loi sur la cybercriminalité ou de l'article 24 sur la loi portant code de la communication⁶³.

Il faut par la suite souligner que la publication par reproduction de ces contenus illicites est également répréhensible. Ce qui permettrait sans doute d'endiguer efficacement ce phénomène de vindicte populaire à portée de clics, c'est-à-dire, à coup de « like » « j'aime » ou de partage. Encore que la jurisprudence ait probablement un rôle fondamental à jouer en la matière notamment quant à l'appréciation de la bonne foi⁶⁴.

On le voit bien, l'articulation de ces différents textes répressifs qui ont emporté le choix du législateur ne va pas de soi. Ils gagneraient à être mieux harmonisés. Sans doute, le projet de loi sur la communication était l'occasion malheureusement manquée de s'y atteler. Il reste à savoir comment ces textes s'emboîtent avec le droit civil.

2) Articulation des textes répressifs avec le droit civil

On sait qu'en droit français la question a fait l'objet d'une controverse nourrie⁶⁵. Peut-on sanctionner les abus de la liberté d'expression sur la base de l'article 1382 (1240) nouveau du Code

⁶⁰ Ce qui laisse entrevoir de délicates question de preuve comp. Rouen, 15/11/2011 n° 10/02642 ; CCE 2012, n° 4 p.37 obs A. CAPRIOLI.

⁶¹ Tribunal correctionnel, Majunga *Ministère Public c/ Moustapha Nadjé*, 13 juin 2019, n° 1326-RP/19/IS/TCO/S1.

⁶² Art. 86 *in fine* : « Si l'injure n'est pas publique, elle ne sera punie que de la peine prévue par l'article 472 du Code pénal ».

⁶³ *Contra* R. RAKOTOBÉ, « De l'illicite dans les réseaux sociaux », préc. spéc. 179 : « Tout dépend dès lors du cercle dans lequel on se trouve : si les injures ou la diffamation ont été tenues dans un groupe les propos qui y sont tenus n'ont pas ce caractère public. Et donc aucune poursuite ni sanction sur la base de l'article 20 ne pourra être prononcée. Par contre dès l'instant où les propos sont tenus sur une page accessible à tous, par définition publique, l'infraction de l'article 20 est amplement constituée, que les propos visent un simple particulier, une personne publique ou un groupe de personnes ».

⁶⁴ V. not, E. NETTER, « La liberté d'expression sur les réseaux sociaux en droit français », in V. NDIOR (dir.), *Droit et réseaux sociaux*, LEJEP 2015, p. 39 à 62 spéc. 50 et s. ; égal A. LEPAGE, art. préc. *loc. cit.*

⁶⁵ Pour une présentation de cette controverse v. not. G. VINEY, « La sanction des abus de la liberté d'expression », *D.* 2014.787.

civil ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé dans ses arrêts du 12 juillet 2000⁶⁶ que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 ». Autrement dit, dès lors que les délits de presse prévus par ce texte spécial sont constitués le droit général posé par l'article 1382 ancien est évincé. De surcroît, la jurisprudence semble même, comme l'observe le Professeur Jourdain, « récemment [...], restreindre encore la place de la responsabilité pour faute en cantonnant aux seuls “cas spécialement déterminés par la loi” la sanction des abus de la liberté d'expression »⁶⁷, même si certains semblent percevoir en la matière un changement de méthode⁶⁸.

Sous l'empire de l'ancienne loi sur la communication, la jurisprudence malgache n'a pas encore été confrontée à de telles questions⁶⁹, « les affaires de délit de presse trouvant leur dénouement principalement au niveau correctionnel. »⁷⁰

Les textes les plus récents ici soulevés ne permettent pas quant à eux de donner une réponse claire.

S'agissant de la diffamation, par dérogation aux dispositions du code de procédure pénale⁷¹, l'action civile ne peut être poursuivie séparément de l'action publique sauf dans le cas de décès de l'auteur du fait incriminé ou d'amnistie⁷². Cette disposition est de nature à annihiler toute possibilité de réparation sur la seule base de la LTGO puisque la réparation civile est donc fondamentalement liée à une condamnation pénale au titre de la diffamation. Autrement dit, pas de faute civile sans faute pénale. Elle y est d'autant plus liée que l'action publique en matière de diffamation se prescrit par six mois⁷³.

L'action publique pour l'injure est enfermée dans le même délai⁷⁴, mais contrairement à la diffamation, ici l'action civile n'est pas liée à l'action publique. On peut donc raisonnablement penser en l'occurrence que la prescription de droit commun reprend son empire⁷⁵. Autant dire que l'injure ne bénéficie pas des mêmes spécificités procédurales que la diffamation. Ces spécificités procédurales participent pourtant de ce système qui se suffit à lui-

⁶⁶ Cass. Ass. Plén. 12/07/2000, n° 98-10.160 et n° 98-11.1555, *D.* 2000.463, obs P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 2000.842 obs P. JOURDAIN

⁶⁷ P. JOURDAIN, « La responsabilité civile des syndicats confrontée au droit de la presse », *RTD Civ.* 2019.348.

⁶⁸ G. VINEY, art. préc.

⁶⁹ En ce sens RAMAROLANTO-RATTARAY et SEUBE, *op.cit.* 44 n° 51.

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ Art. 8 : « L'action civile peut être aussi exercée séparément de l'action publique ».

⁷² Art. 35.

⁷³ Art. 46 L. 2016-029 « L'action publique en matière de diffamation et d'injure par voie de communication médiatisée se prescrit par six (06) mois. La prescription court du jour où la diffamation ou l'injure a été commise ou du jour du dernier acte de procédure s'il en a été pris. »

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Art. 379 LTGO, une prescription de 30 ans.

même pour garantir la liberté d'expression⁷⁶ et donc, qui justifient en partie l'éviction du droit commun.

Dès lors, il ne semble pas aberrant de considérer que le législateur en n'enfermant pas l'injure dans le même carcan que la diffamation n'entendait pas l'inclure dans ce système clos. Serait-il de ce fait permis en la matière de mettre en œuvre la responsabilité civile pour faute ? En tous les cas, dans l'état actuel des textes, rien ne permet expressément de l'écarter.

La même solution s'applique sans doute pour les atteintes à la vie privée et au droit à l'image. Celles-ci ne font l'objet d'aucune disposition particulière si ce n'est que le juge pourra ordonner un certain nombre de mesures tendant à mettre fin à l'atteinte ou à la réparer⁷⁷. Toujours est-il que d'une part, ces délits sont poursuivis dans les conditions du droit commun⁷⁸. D'autre part, à défaut de texte spécial de droit civil les concernant, il est là encore, semble-t-il, logique que le droit commun de la responsabilité civile reprenne son empire.

En clair, l'articulation des textes répressifs entre eux soulève des interrogations du fait essentiellement de la multiplication de textes traitant en réalité des mêmes incriminations. Cela appelle une harmonisation de la part du législateur ou en tout cas des précisions de la jurisprudence. Cette dernière sera d'autant plus sollicitée lorsqu'il s'agira de mettre en perspective ces divers textes répressifs spéciaux avec le droit civil. Hormis le cas de la diffamation, la question reste entière.

B) Des questions en suspens

La première des questions en suspens est celle de l'effectivité même des textes. En particulier, l'effectivité de la loi sur la protection des données est largement tributaire de la mise en place de la Commission Malgache de l'Informatique et des libertés eu égard aux attributions de celle-ci⁷⁹. Elle a en l'occurrence un rôle essentiel à jouer, on l'a vu, s'agissant du droit de s'opposer à figurer dans un traitement⁸⁰. Question importante si l'en est dans cette problématique de l'abus de la liberté d'expression à l'heure d'Internet.

À l'heure d'Internet, où les réseaux sociaux ont un rôle central, les textes malgaches ne semblent pourtant pas permettre la mise en œuvre de leur responsabilité à la mesure de ce rôle central quand les contenus qui y sont publiés ou relayés sont illicites. Il faut toutefois nuancer. Le code de la communication médiatisée impose un devoir de vérification du contenu des sites qu'il

⁷⁶ J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *RTD. Civ* 1951, chron. p. 199 à 122 repris dans, Jean CARBONNIER, *Écrits*, textes rassemblés par R Verdier, PUF 2008, p. 497 à 506 spéc. 499.

⁷⁷ V. Projet d'article 20 al. 2 L. 2016-029.

⁷⁸ Art. 46 al. 2.

⁷⁹ Déjà en ce sens nos obs, art. préc.

⁸⁰ Comp. not. N. MALLET-POUJOL, « Droit à l'oubli numérique. Déréférencement », *JCP. E*, 19 janvier 2017. 1036 n° 20.

héberge au fournisseur d'accès internet et tout autre prestataire de service en ligne⁸¹ auquel on peut certainement associer les réseaux sociaux. Devoir de vérification qui doit aboutir à une notification à l'Autorité Nationale de la Régulation des Communications Médiatisées de toute activité ou contenu illicite⁸².

Toutefois à côté de ce mécanisme, ne faut-il pas mettre à la charge des réseaux sociaux l'obligation de retirer les contenus manifestement illicites ?⁸³ Il est vrai que la question est délicate puisqu'elle peut très facilement s'analyser en une censure sauf à donner une grille de lecture objective de ce qui est manifestement illicite. La jurisprudence et sans doute aussi la *soft law*⁸⁴ ont un rôle déterminant à jouer en ce sens.

C'est du reste probablement un des chemins à prendre pour écarter des réseaux sociaux, autant que faire se peut, ces clics qui n'ont d'autres finalités que la vindicte ou du moins, qui y contribuent.

⁸¹ Art. 176.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ CJUE, 3 oct 2019, *Facebook Ireland Limited c/ Eva Glawischnig-Pleszczyk*, aff.C-18/18, obs C. CRICHTON, *Daloz Actualité*, 16 octobre 2019 V. égal. M. BOIZARD, « Facebook forever : les réseaux sociaux peuvent-ils être contraints de nous oublier ? », *CCE*, n°4, avril 2015, étude 7.

⁸⁴ En ce sens R. RAKOTOBE et L. RANDRIATAVY, art. préc. spéc. 32 ; égal T. F. RAKOTOARISON, art. préc. *in fine*.