

## Communication numérique

# La délicate frontière entre le délit d'usurpation d'identité numérique et la loi de 1881

La loi LOPPSI 2 du 14 mars 2011 a introduit le délit d'usurpation d'identité numérique à l'article 226-4-1 du code pénal. Ce délit ne vise pas à sanctionner les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881. Les conditions de mise en œuvre et de prescription diffèrent, ainsi que les régimes de répression. Il appartient ainsi au juge d'évaluer la finalité de l'auteur qui a utilisé l'identité ou les données d'un tiers sur internet. Alors que les détournements parodiques et malveillants, très souvent anonymes, prolifèrent sur internet, les juges ont retenu, jusqu'à présent, une interprétation large du délit, condamnant l'utilisation frauduleuse des données d'autrui, dans le but de troubler sa tranquillité ou de porter atteinte à son honneur ou sa considération. Mais de récentes décisions mettent à mal cette jurisprudence, allant à l'encontre de l'intention initiale du législateur.



**Clara Massis de Solere**  
Avocat au Barreau de Paris

L'usurpation d'identité numérique est pénalisée depuis la loi LOPPSI 2 du 14 mars 2011<sup>1</sup> à l'article 226-4-1 du code pénal, qui sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou sa considération ».

Jusqu'à cette loi, l'usurpation d'identité n'était réprimée que lorsqu'elle avait pour but la commission d'infractions pénales, mais ne pouvait servir de fondement dans le cas d'un trouble à la tranquillité ou à la réputation. Le développement d'internet et les risques d'atteintes aux droits et données personnelles a conduit le législateur à instaurer ce délit. Sa préoccupation importante a été de trouver la formulation la plus juste afin d'éviter que ce délit constitue un moyen de contourner la loi sur la presse, au point que son existence a été remise en question. Certains ont craint légitimement que « des sites quelque peu parodiques se moquant de certaines affaires récentes puissent faire l'objet d'une censure en vertu de la mise en œuvre de ce texte »<sup>2</sup>.

Conscient de ce risque, le législateur s'est satisfait à l'issue des débats parlementaires d'être parvenu à une « rédaction équilibrée » qui « suffit à carac-

tériser l'intention délictueuse de l'auteur et ne doit pas susciter de craintes ».

Cet équilibre a été confirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>3</sup> saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'imprécision de l'article 226-4-1 du code pénal, qui a jugé que « le texte critiqué définit de manière suffisamment précise les agissements qu'il réprime pour exclure l'arbitraire ».

Parmi les situations de fait régulièrement poursuivies devant les tribunaux, figure celle de la création sous le nom d'un tiers de faux sites, blogs, chaînes, comptes ou profils consacrés à la vengeance ou parfois même à la parodie afin de salir sa réputation. Sans véritable difficulté d'application, les juges ont considéré que ces faits relevaient du délit de l'article 226-4-1 lorsque l'identité ou les données d'identification d'un tiers étaient utilisées frauduleusement dans le but de troubler sa tranquillité ou de porter atteinte à son honneur ou sa considération.

Cependant cette jurisprudence est actuellement remise en cause par des décisions de la 17<sup>e</sup> chambre du Tribunal de grande instance de Paris qui écartent le délit lorsque l'usage des données d'un tiers porte atteinte à son honneur ou sa considération, sans volonté de se faire passer pour lui, au motif qu'il en résulterait une atteinte disproportionnée à la liberté

<sup>1</sup> Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, JO 15 mars, rectific. 23 mars 2011.

<sup>2</sup> Compte rendu deuxième séance du 10 févr. 2010, Monsieur Patrick Bloch.

<sup>3</sup> Crim. 20 juin 2018, n° 18-90.012 ; TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 10 avr. 2018, Procureur de la République c/ Jean-Paul M. et a., Légipresse 2018. 377.

d'expression, dont les abus ne peuvent être réprimés que dans le cadre restrictif de la loi du 29 juillet 1881.

Ces décisions divergentes interrogent sur le sens véritable de ce délit. Sonneraient-elles l'alerte d'une interprétation doctrinale et jurisprudentielle trop extensive qui porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ? Ou bien, au contraire, conduisent-elles à écarter l'application de ce délit de droit commun, alors que ce qu'il vise à réprimer serait justement caractérisé ?

Ces questions sont d'une brûlante actualité alors que les détournements parodiques et malveillants, très souvent anonymes, prolifèrent sur internet. L'enjeu est de taille, car ce ne sont pas seulement les conditions de mise en œuvre et de prescription de ces délits qui diffèrent, mais également leurs régimes de répression, qui n'ont pas le même impact dissuasif sur leurs auteurs.

Après avoir analysé cette jurisprudence récente (I), nous examinerons les travaux préparatoires de la loi afin de rechercher l'intention réelle du législateur (II) puis déterminerons si l'interprétation du délit, telle qu'elle ressort de la jurisprudence majoritaire, aboutit à porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression (III).

## I - LA REMISE EN QUESTION DES RÉCENTES DÉCISIONS DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS

Cette nouvelle jurisprudence a été rendue dans les espèces suivantes :

- dans une première affaire<sup>4</sup>, le président d'un syndicat de copropriété avait découvert l'existence sur internet d'un site dont le nom de domaine comportait ses nom et prénom, et sa qualité de syndicat, qui était intitulé en première page « Y. H., syndicat le plus cher et le moins bon de Neuilly-sur-Seine et Reims ». Le tribunal considère que le délit d'usurpation d'identité numérique n'est pas constitué faute d'usurpation d'identité ou d'usage de données démontrant la volonté de se faire passer pour autrui.
- la seconde affaire<sup>5</sup> concernait la diffusion de courriers électroniques émanant d'une fausse adresse au nom d'Emmanuel Macron alors qu'il était candidat à la présidentielle (emmanuel.macron.enmarche@gmail.com). Les messages signés « Emmanuel », appelaient à signer une pétition « imposture-macron ».

Le tribunal juge que même si l'adresse mail reprend les éléments d'identité du plaignant, cet usage de données ne permet pas de caractériser le délit de l'article 226-4-1 faute d'usurpation d'identité ou d'usage de données démontrant une volonté usurpatrice, ce courriel « se voulant parodique, dans le contexte d'une campagne électorale ».

Ainsi, s'appuyant sur les travaux parlementaires de la loi, le tribunal considère que le délit d'usurpation

d'identité numérique et d'usage de données permettant d'identifier un tiers suppose, pour être constitué, la volonté de se faire passer pour autrui ou d'entraîner une telle confusion : « au sens de l'article 226-4-1 du code pénal, l'usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant

d'identifier un tiers suppose une volonté de se faire passer pour celui-ci, ainsi qu'il résulte des travaux parlementaires versés aux débats, démontrant la volonté du législateur de sanctionner les usurpations d'identité ou de données personnelles de nature à entraîner une telle confusion »<sup>6</sup>.

En réalité, la première branche du délit, impliquant par le terme « usurper », la volonté de se faire passer pour autrui, l'interrogation porte sur sa seconde branche, « le fait de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier », qui ne contient pas cette finalité, et permet d'appréhender tous les éléments d'identification, en premier lieu le nom.

À cet égard, la 17<sup>e</sup> chambre explique que « si l'usage de données d'une personne pour porter atteinte à l'honneur et à la considération, sans volonté de se faire passer pour elle suffisait à caractériser l'infraction, il en résulterait une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la Convention, tout propos diffamatoire pouvant alors être potentiellement poursuivi sous l'angle du délit de l'article 226-4-1 alors que les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réprimés que dans les conditions prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse »<sup>7</sup>.

Cependant cette analyse a été infirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 avril 2019, statuant en référé<sup>8</sup>.

L'ancienne salariée d'une société avait mis en ligne anonymement une chaîne Youtube et un blog intitulés sous le nom de cette société avec un logo parodié. Le nom de la société était également repris dans

<sup>4</sup> TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch. corr., 18 avr. 2019, *Yves H. et a. c/ Pierre M.*, Légipresse 2019. 332.

<sup>5</sup> TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 23 mai 2019, n° 17114000554, *Ministère public c/ Jean-Paul M. et a.*, Légipresse 2019. 399.

<sup>6</sup> Extrait du jugement préc. du TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 23 mai 2019.

<sup>7</sup> Extrait du jugement préc. du TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., 23 mai 2019.

<sup>8</sup> Paris, pôle 1 - ch. 2, 11 avr. 2019, n° 18/21298, *SA H.*, Légipresse 2019. 332.

les adresses URL et ainsi que sur les pages des sites, lesquels étaient régulièrement alimentés par des contenus manifestement diffamatoires et injurieux.

Saisi en référé d'une demande de retrait des sites fondée sur l'article 226-4-1 du code pénal, le premier juge<sup>9</sup>, dans le même esprit que ces récentes décisions de la 17<sup>e</sup> chambre, écarte le délit au motif que ces sites ne visent pas à faire croire au public qu'il se trouve en présence d'une chaîne « officielle », ni à laisser à penser que la société est l'auteur des contenus publiés, de sorte qu'il n'y a pas usurpation d'identité numérique.

Mais la cour d'appel réforme cette décision, considérant que les faits relèvent de la seconde branche du délit, le fait de « faire usage de données », dont elle rappelle les contours :

« Cet article n'incrimine pas seulement le fait d'usurper l'identité d'un tiers, c'est-à-dire de se faire passer pour lui. Il réprime aussi, comme cela ressort expressément de son libellé, le fait de faire usage de données d'identification d'un tiers dans le but de troubler sa tranquillité et de porter atteinte à son honneur et à sa considération.

Cette lecture de l'article 226-4-1 du code pénal n'est pas contraire au principe de légalité des délits tant il est vrai que l'infraction prévue par la seconde branche de l'alternative comporte deux éléments constitutifs qui doivent l'un et l'autre être avérés, le premier matériel étant l'usage de données permettant d'identifier un tiers et le second moral tenant à l'objectif poursuivi par cet usage, consistant à vouloir troubler la tranquillité de ce tiers ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération.

Et ces éléments sont suffisamment clairs et précis pour éviter l'arbitraire.

Elle n'est pas non plus contraire au droit fondamental de la liberté d'expression, tant il est vrai que celle-ci trouve sa limite dans le respect des droits d'autrui et que l'infraction n'est constituée que s'il est établi que l'usage de données permettant d'identifier un tiers a pour volonté consciente de porter atteinte à son honneur ou sa considération ou de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui ».

En l'espèce, la cour d'appel relève que le nom d'une société constitue une donnée permettant de l'identifier, de même que son logo dans « sa version originale ou modifiée ». Ce faisant, elle considère que les éléments constitutifs du délit sont constitués, dans son élément matériel par l'usage du nom de la société dans les adresses URL, titres et pages des sites, de même que par la reprise du logo, ainsi que dans son élément moral vu l'objectif malveillant poursuivi par cet usage ayant notamment pour

effet d'optimiser le référencement des contenus litigieux sous le nom de la société.

Il convient à présent de se reporter aux travaux préparatoires de la loi afin de déterminer si cette lecture est conforme à l'intention du législateur, ou si celui-ci a entendu restreindre l'usage des données d'identification au seul but de se faire passer pour autrui.

## II - L'INTENTION DU LÉGISLATEUR : ÉTUDE DES TRAVAUX PARLEMENTAIRES

### A - L'introduction de la notion d'usurpation

À l'origine, le projet de loi prévoyait de réprimer « *le fait d'utiliser*, de manière réitérée, sur un réseau de communication électronique, l'identité d'un tiers ou des données qui lui sont personnelles ».

Finalement, la notion de réitération jugée trop restrictive a été supprimée, et les données personnelles ont été élargies aux « données de toute nature permettant d'identifier un tiers ». Mais c'est surtout, le terme « utiliser » qui a été le plus débattu, afin de ne pas être confondu avec la simple citation d'un nom sur un blog, qui peut être poursuivie du chef de la diffamation ou de l'injure.

Ainsi, un second projet de loi a proposé de le remplacer par celui de « *faire usage* de l'identité d'un tiers et de ses données de toute nature »<sup>10</sup>. Puis, un troisième projet a proposé « *le fait d'usurper* l'identité d'un tiers ou une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier »<sup>11</sup> afin d'écartier toute confusion.

Finalement, les parlementaires ont distingué le fait d'« usurper l'identité d'un tiers » et celui de « faire usage » de ses données<sup>12</sup>. En effet, ils ont jugé que cette dernière formulation était plus « juste », et que l'introduction de la notion d'usurpation dans la première branche du délit rend la formulation suffisamment équilibrée pour caractériser l'intention délictueuse.

Le rapporteur de la loi Éric Ciotti explique : « Nous ne voulons évidemment pas sanctionner la simple citation d'une personne, par exemple sur un blog (...), mais bien l'acte de se faire passer pour autrui en faisant usage de son nom ou de données qui le rendent identifiables. »

(...) « Les actes concernés n'ont rien à voir avec la diffamation, laquelle vise nommément une personne. Nous voulons sanctionner l'usage de l'identité d'une personne dans le but de porter atteinte à son honneur »<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Texte adopté en 1<sup>re</sup> lecture par l'AN le 16 févr. 2010.

<sup>11</sup> Texte modifié en 1<sup>re</sup> lecture par le Sénat le 10 sept. 2010, plus amendement 77, séance deuxième lecture Sénat du 18 janv. 2011.

<sup>12</sup> Texte modifié en 2<sup>e</sup> lecture par l'AN le 21 déc. 2010, et adopté.

<sup>13</sup> Compte rendu AN première séance du 11 févr. 2010.

<sup>9</sup> Ord. de référé du TGI de Paris du 12 juill. 2018.

Le rapporteur Jean-Patrick Courtois souligne encore : « J'attire votre attention sur le fait que l'usurpation d'identité – qui consiste, pour la personne malveillante, à se faire passer pour un tiers afin de nuire à ce dernier en lui imputant indûment par exemple des propos, des attitudes- ne doit pas être confondue avec les infractions d'injure ou de diffamation, qui sont réprimées par la loi de 1881 sur la liberté de la presse et qui couvrent des hypothèses différentes d'atteinte à l'honneur ou à la considération. Dans l'injure ou la diffamation, l'auteur tient des propos et les assume en son nom propre. La création de cette nouvelle incrimination participe de l'effort des pouvoirs publics, au niveau tant national que communautaire, pour mieux protéger la vie privée et les données personnelles de nos concitoyens »<sup>14</sup>.

À l'issue des débats, le rapporteur Jean-Patrick Courtois a estimé que le texte adopté est parvenu à un bon équilibre : « La rédaction issue des travaux de notre assemblée, qui a introduit explicitement la notion d'usurpation, permet de caractériser suffisamment l'intention délictueuse de l'auteur de l'infraction. Sur ce point, il me semble que le texte adopté par la commission est parvenu à un bon équilibre. (...) Le but est bien de sanctionner les usurpations d'identité ou données personnelles portant atteinte à la tranquillité ou à la considération d'une personne »<sup>15</sup>.

Prises isolément, ces discussions pourraient laisser penser que le fait de faire usage de données d'identification impliquerait celui de se faire passer pour autrui. Mais cette lecture répond-elle à l'équilibre trouvé par le législateur et à sa volonté de protéger les droits individuels ?

## B - La volonté de réparer les préjudices moraux et de protéger les libertés individuelles

La préoccupation fondamentale du législateur a été de répondre par ce délit à des situations moralement très dommageables auxquelles le droit n'apportait pas de réponse, et de protéger les libertés individuelles face à des comportements malveillants sur internet.

En ce sens, le rapporteur Éric Ciotti explique<sup>16</sup> : « Dans notre droit, il n'y a pas d'incrimination qui vise un préjudice contre la respectabilité ou l'honneur d'une

personne lorsqu'il s'agit d'un préjudice moral ». (...) « Or nous savons qu'un tel préjudice provoque dans de nombreux cas de très gros dommages pour les victimes. Cet article est donc protecteur des libertés. » (...) « Il est naturellement hors de question

de stigmatiser un média ou de lui porter atteinte, encore moins à internet. Internet est un espace de liberté, nous entendons qu'il le reste. Nous voulons simplement mettre en place des dispositifs protecteurs contre certains comportements et certaines dérives. (...) C'est un dispositif protecteur des libertés, qui répond à l'attente d'un grand nombre de victimes »<sup>17</sup>.

À cet égard, les parlementaires ont expressément évoqué des situations dans lesquelles l'auteur d'un site ne cherche pas nécessairement à se faire passer pour autrui, mais à porter préjudice à un tiers en utilisant l'identité ou les données d'une personne, ce qui est souvent le cas lorsque la personne n'assume pas ses actes en son nom propre, mais sous l'identité d'un tiers<sup>18</sup>.

La députée Chantal Brunel explique que « l'usage, sur un réseau de communications électroniques, de « l'identité d'un tiers ou de données qui lui personnelles, en vue de porter atteinte à son honneur ou à sa considération (...) vise le développement inadmissible de sites internet consacrés à des vengeances. (...) Des photographies ou des films datant de l'époque où des couples vivaient une relation de confiance se retrouvent ainsi sur internet après leur séparation »<sup>19</sup>.

Dans ce même esprit, le secrétaire d'État Alain Marleix explique que : « De nombreux comportements malveillants n'ayant d'autre but que de troubler la tranquillité d'autrui se sont développés sur les réseaux de communication électronique. Or, aucune qualification pénale ne réprime actuellement l'usage d'éléments d'identité d'un tiers sur un réseau de communication électronique lorsqu'il n'en résulte qu'un préjudice moral »<sup>20</sup>.

## C - Bilan des discussions parlementaires

Il nous paraît résulter des discussions parlementaires que l'esprit général du législateur a été d'ériger un délit à même de répondre largement aux dérives causées sur internet par un usage abusif des données d'identification d'un tiers, à la condi-

<sup>14</sup> Séance du 8 sept. 2010. Sénat.

<sup>15</sup> Sénat 2<sup>e</sup> lecture, séance du 18 janv. 2011.

<sup>16</sup> Séance du 15 déc. 2010

<sup>17</sup> 1<sup>re</sup> séance du 15 déc. 2010, AN - Compte rendu intégral.

<sup>18</sup> V. not. les propos de Monsieur B. Hortefeux, séance du 8 sept. 2010 du Sénat.

<sup>19</sup> 2<sup>e</sup> séance du 10 févr. 2010 AN - Compte rendu intégral.

<sup>20</sup> 2<sup>e</sup> séance du 10 févr. 2010 AN - Compte rendu intégral.

tion fondamentale que cet usage ne caractérise pas une seule diffamation ou injure, afin d'écartier toute atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Ainsi que le souligne le Professeur Bernard Bouloc : « On dit souvent que les lois pénales doivent s'interpréter restrictivement. Le terme est impropre : la loi pénale est déclarative et le juge doit en tirer toutes les conséquences que le législateur a entendu y attacher rien de plus, mais rien de moins »<sup>21</sup>.

Ne pas sanctionner l'usage d'une donnée d'identification telle que le nom, qui ne se limiterait pas à une simple citation et aurait pour conséquence de troubler la tranquillité d'un tiers ou de porter atteinte à son honneur et à sa considération, au motif que cet usage n'aurait pas pour but de se faire passer pour lui, nous semble aller en deçà de l'intention du législateur. En effet, le choix du terme « usage » de données plutôt qu'« usurper », en dépit des craintes des parlementaires à propos de la loi de 1881 et de plusieurs amendements visant à conserver le terme « usurper »<sup>22</sup>, est significatif de l'intention du législateur de ne pas limiter la seconde branche du délit au fait de se faire passer pour autrui. Cette analyse est majoritairement partagée<sup>23</sup>.

Surtout, cette restriction aurait pour conséquence d'empêcher la répression d'actes et la réparation de préjudices moraux sur internet, que le législateur a expressément souhaité sanctionner. Enfin, à notre sens, cela porterait atteinte à l'équilibre que le législateur s'est satisfait d'avoir atteint entre la protection des droits individuels et la liberté d'expression, en ne préservant pas suffisamment les droits des personnes qui constituent un élément tout aussi fondamental du délit.

Il convient à présent de déterminer concrètement si cette analyse du délit respecte cet équilibre ou si elle a pour conséquence de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

<sup>21</sup> B. Bouloc et H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, § 107, Interprétation des lois pénales, Sirey, coll. « Intégral concours Sirey », 2018.

<sup>22</sup> Amendements n° 75 et 77 - Sénat 2<sup>e</sup> lecture, séance du 18 janv. 2011.

<sup>23</sup> V. not., A. Lepage, Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation, JCP n° 35, 29 août 2011, § 35 : « L'expression "faire usage" est évidemment d'une portée plus large que le verbe usurper. Son emploi montre que le législateur n'a pas eu ici strictement en vue le fait de se faire passer pour autrui » ; ou encore J.-Cl. Pénal, v° Notion d'usage, fasc. 20, art. 226-4-1, par N. Rias, § 8 : « le concept d'usage est plus large que celui d'usurpation. Il y a en effet usage par la seule utilisation de ce qui en constitue l'objet, indépendamment de la fin consistant à se faire passer pour autrui ».

### III - L'ARTICULATION DU DÉLIT AVEC LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

#### A - Analyse de la jurisprudence

De manière générale et jusqu'à ces récentes décisions, les juridictions ont appréhendé le délit dans sa globalité, sans vraiment distinguer l'usurpation d'identité et l'usage des données.

1 - Une exception intéressante concerne le jugement correctionnel du Tribunal de grande instance de Lyon du 16 décembre 2014<sup>24</sup>.

Une personne avait créé des sites internet comportant dans leurs noms de domaine, les noms et prénoms de tiers, afin de déverser des propos injurieux et diffamatoires à leur rencontre, que le tribunal qualifie de « guérilla numérique ».

*L'esprit général du législateur a été d'ériger un délit à même de répondre largement aux dérives causées sur internet par un usage abusif des données d'identification d'un tiers, à la condition fondamentale que cet usage ne caractérise pas une seule diffamation ou injure.*

Le premier fait poursuivi concernait l'utilisation des noms et prénoms dans les noms de domaines, avec cette particularité qu'ils étaient accolés à des expressions ne laissant aucun doute sur leur nature malveillante : ilana-. com/ je-suis-une-balance.html...etc.

Le second fait poursuivi visait la reproduction des noms et prénoms dans l'intitulé et les pages des sites.

Bien que ces sites ne cherchaient pas à se faire passer pour ces tiers et que les noms de domaine ne prêtaient pas à confusion, le tribunal a considéré que le premier fait poursuivi caractérisait une usurpation d'identité numérique : « Il y a bien usurpation de l'identité numérique des parties civiles dans les noms de domaines ci-dessus visés. Le but de cette usurpation est de porter atteinte à la réputation des victimes ».

De toute évidence, la présence du nom des tiers dans les noms de domaine a déterminé le tribunal à retenir cette qualification, alors que le deuxième fait poursuivi a été qualifié sous la deuxième branche du délit comme un usage de données permettant d'identifier les tiers.

Le tribunal a prononcé une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis soulignant la gravité des faits et du préjudice : « attendu que l'usurpation d'identité est un délit grave d'autant plus insidieux que si elle est effectuée sur le réseau internet, elle rend difficile au lecteur sa caractérisation. Qu'elle est susceptible lorsqu'elle est effectuée dans le but de porter atteinte à l'honneur et à la considération d'aggraver considérablement le préjudice causé aux victimes dans leurs activités professionnelles et personnelles ».

<sup>24</sup> TGI Lyon, 6<sup>e</sup> ch. corr., 16 déc. 2014, Légipresse 2015. 80.

2 - Dans le même esprit, une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris du 12 août 2016<sup>25</sup>, confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2018<sup>26</sup>, a ordonné le retrait d'un site vengeur dont le nom de domaine était composé des noms et prénoms d'un tiers, et qui renvoyait vers des contenus infamants, notamment des photographies du tiers.

Le site n'avait pas pour objet de se faire passer pour la victime. Pour autant, le juge des référés a estimé que le délit de l'article 226-4-1 était caractérisé, s'attachant essentiellement à la gravité des faits et du dommage en ce que « ce site – créé sous les noms et prénoms de Mélody et exploitant différents clichés qui la représentent pour illustrer en les détournant de leur contexte de fixation, une mise en scène infamante de sa personnalité et de celle de son père- a pour objet à l'évidence de nuire à la requérante en salissant sa réputation sur internet et en exploitant la calomnie ainsi jetée publiquement sur elle pour satisfaire la vindicte de T. contre son père. La mise en ligne de ce site est donc constitutive d'une atteinte manifestement illicite aux droits de la personnalité de la demanderesse ».

3 - L'affaire bien connue du faux site d'une députée jugée par la Cour de cassation est également très instructive.

Le site présentait l'apparence du site officiel d'une députée et donnait l'impression de se faire passer pour elle, mais diffusait ensuite des commentaires insultants, invitant les internautes à faire de même. Le Tribunal de grande instance de Paris<sup>27</sup> a retenu le délit d'usurpation d'identité numérique car l'apparence du site ne peut que conduire l'internaute à opérer une confusion avec le site officiel de celle-ci, et le site a pour but de porter atteinte à l'honneur et la considération de la députée. En réalité, l'application du délit ne prêtait pas à discussion puisque l'auteur manifestait une volonté de se faire passer pour autrui, du moins entretenait la confusion. Pourtant, et c'est là l'intérêt de l'arrêt, ce n'est pas ce critère qui détermine la Cour de cassation à caractériser le délit<sup>28</sup>.

En effet, pour la Cour de cassation, le critère déterminant n'est pas tant cette confusion de se faire passer pour autrui, mais plutôt l'intention délictueuse

de l'auteur, qui par la création d'un site fictif est de nuire à la députée : « le fait que le site ne soit pas exactement similaire au site officiel est indifférent, dès lors que sont reproduites des données qui lui appartiennent, et que l'intention frauduleuse tient à la seule volonté de créer un site fictif et d'encourager les nombreuses personnes le suivant sur divers réseaux sociaux à user de ce support par des messages apocryphes qui, soit obscènes, soit contenant des affirmations politiques manifestement contraires aux options de l'élu(e) du 7<sup>e</sup> arrondissement, sont ainsi de nature à troubler sa tranquillité, soit à porter atteinte à son honneur et à sa considération ».

Pour caractériser le délit, la Cour de cassation s'attache donc essentiellement au fait de reproduire les données d'un tiers avec l'intention frauduleuse de troubler sa tranquillité, ou de porter atteinte à son honneur ou sa considération. Plus encore, la Cour de cassation conclut que cette infraction est « exclusive de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », et ne porte donc pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. Autrement dit, pour la Cour de cassation, ce délit constitue un délit spécifique qui a son régime propre en dehors de toute atteinte à la liberté d'expression.

4 - L'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 11 avril 2019<sup>29</sup>.

Dans le droit fil de ces jurisprudences, la cour d'appel s'est interrogée sur la finalité de l'usage en nombre du nom de la société, dans les adresses URL, les titres et les pages des sites litigieux, et a considéré qu'il était animé d'une intention malveillante, ayant notamment pour effet de référencer les sites sous le nom de la société en tête des moteurs de recherche.

Ainsi, la Cour relève que « les reprises du terme « H... » dans les différentes pages de la chaîne ont pour conséquence en raison de leur nombre d'optimiser le référencement de celle-ci sous ce vocable, de sorte qu'elle apparaît en premier lieu lorsque les mots « H... » sont mentionnés dans le moteur de recherche Youtube. »

« (...) L'alimentation régulière de la chaîne et du blog litigieux des vidéos de cette nature et l'optimisation de leur référencement démontrent avec l'évidence requise en référé que cette chaîne et ce blog sont l'expression d'une intention malveillante de leur auteur destinée à porter atteinte à l'honneur et à la considération de cette société ».

<sup>25</sup> TGI Paris, ord. réf., 12 août 2016, M<sup>me</sup> Y. c/ M. Z., Légipresse 2016. 451.

<sup>26</sup> Paris, pôle 1 - ch. 8, 19 janv. 2018, *Legalis.net* 23 janv. 2018.

<sup>27</sup> TGI Paris, 13<sup>e</sup> ch. corr. 2, 18 déc. 2014, *Légipresse* 2015. 80.

<sup>28</sup> Crim. 16 nov. 2016, n<sup>o</sup> 16-80.207, D. 2017. 2390, obs. J. Larriue, C. Le Stanc et P. Tréfigny.

<sup>29</sup> Paris, 11 avr. 2019, préc. note 8.

Pour la Cour, l'usage des données dépassait la seule critique de la société et avait pour but d'aggraver son dommage. Pour justifier en référé le retrait de la chaîne et du blog, la Cour souligne que le fait que les sites contiennent des contenus qui ne sont pas eux-mêmes illicites ne fait pas disparaître le trouble illicite causé par l'usage illicite des données d'identification, car « cela aurait pour conséquence de contourner les dispositions de cet article et de le priver ainsi que l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 d'une partie de leur effet utile ».

Autrement dit, la Cour confirme que l'usage de données ayant pour but de porter atteinte à l'honneur ou la considération ou de troubler la tranquillité d'un tiers, est exclusif de la liberté d'expression.

### **B - Tout propos diffamatoire peut-il être potentiellement poursuivi sous l'angle du délit de l'article 226-4-1 ?**

Ces jurisprudences nous semblent contredire la crainte des dernières décisions considérant qu'en l'absence de volonté usurpatrice de l'usage d'une donnée « tout propos diffamatoire pourrait alors être potentiellement poursuivi sous l'angle du délit de l'article 226-4-1 ».

En effet, les espèces citées montrent que même sans se faire passer pour autrui, et même dans un esprit parodique, l'usage de données d'identification peut attenter aux droits individuels et créer un grave préjudice moral, qui va au-delà de celui résultant d'une seule diffamation ou injure, et dépasser le seul domaine de la liberté d'expression. À cet égard, le fait de reprendre le nom d'un tiers dans un nom de domaine, puis dans l'intitulé d'un site et en nombre sur ses pages peut avoir sur internet des effets préjudiciables.

En effet, non seulement, de tels usages, en dehors de toute volonté usurpatrice, sont susceptibles de créer une confusion dans l'esprit des internautes, qui peuvent penser qu'il s'agit d'un site authentique, et s'y rendre massivement. Mais surtout, de tels usages, en particulier dans le nom de domaine, sont susceptibles d'optimiser le référencement des contenus malveillants sous le nom de la personne, et d'apparaître en tête des moteurs de recherche. Or, un tel référencement peut avoir des conséquences très graves pour la réputation d'une personne.

Ou bien encore, le fait de faire usage du nom d'un tiers peut être un moyen de préserver son anonymat et son impunité dans le but d'aggraver ses actes...etc.

En bref, l'usage d'une donnée peut être animé d'intentions malveillantes multiples et avoir des consé-

quences dommageables qui dépassent la seule diffamation ou injure.

Ainsi, ces décisions nous paraissent répondre à de véritables réalités pénales sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, qui n'entre pas dans le débat.

### **C - La recherche de l'équilibre**

Le délit de l'article 226-4-1 ne vise pas à sanctionner les abus de la liberté d'expression qui ne peuvent être poursuivis que dans les conditions prévues par la loi du 29 juillet 1881, mais le cadre illégitime, dans lequel cette liberté s'exerce, en particulier sur internet.

Il appartient ainsi au juge d'évaluer le moyen utilisé (l'usage de données, qui peut être le nom), et la finalité que l'auteur recherche par ce moyen. Lorsque cette finalité dépasse la seule critique et révèle une intention bien plus malveillante, le délit a toute sa place, de même que les peines qu'il prévoit.

La recherche de l'intention frauduleuse s'apprécie dans chaque espèce afin d'éviter d'empiéter sur la loi du 29 juillet 1881, c'est ce que démontrent ces quelques jurisprudences. C'est en ce sens que les dernières décisions du Tribunal de grande instance de Paris nous paraissent contestables, car elles en-

ferment le délit dans des limites qui empêchent de rechercher la réelle intention délictueuse de celui qui fait usage d'une donnée tierce, et la conséquence qui peut résulter de cet usage.

Ce n'est donc pas tant le fait que le délit ait été écarté qui est critiquable, mais c'est la raison de son exclusion, faute de rechercher dans chaque espèce la véritable finalité de l'usage du nom de la personne et sa conséquence : cet

usage se limite-t-il à la seule critique ? Ou bien revêt-il, même sans volonté usurpatrice et même dans un esprit parodique, une finalité et un effet plus dommageables qui vont au-delà de la diffamation ou l'injure et auraient mérité une réponse pénale adaptée ?

De manière générale, cette approche restrictive nous semble ne pas tenir suffisamment compte de la réalité d'internet, qui a été au centre des débats parlementaires, et les menaces qu'il fait peser sur les données personnelles, ce qui peut paraître dissonant à l'heure où les législations se mobilisent pour les protéger.

L'on peut donc légitimement craindre que cette approche crée un vide juridique et ouvre la porte à de graves abus au détriment du droit des personnes,

*Le délit de l'article 226-4-1 ne vise pas à sanctionner les abus de la liberté d'expression qui ne peuvent être poursuivis que dans les conditions prévues par la loi du 29 juillet 1881, mais le cadre illégitime, dans lequel cette liberté s'exerce, en particulier sur internet.*

ce que n'a justement pas souhaité le législateur soucieux de parvenir à un équilibre entre le droit des personnes et la liberté d'expression.

« Faites confiance aux juges »<sup>30</sup> ont lancé à plusieurs reprises des parlementaires lors des débats. Cette confiance confirme la volonté du législateur de laisser au juge une liberté d'appréciation des intérêts en jeu dans un univers numérique exponentiel où se mêlent de manière inédite la liberté d'expression et les droits des personnes.

### Conclusion

La proximité de la diffamation et du délit d'usurpation d'identité numérique, qui reprend les mêmes notions d'atteinte à l'honneur ou à la considération, est indéniable. La frontière entre ces délits n'est donc pas chose aisée, et leur confrontation pose la question classique et récurrente de l'opposition du droit spécial, la loi du 29 juillet 1881, au droit commun, dont l'exemple premier est l'exclusion de l'article 1240 du code civil<sup>31</sup>. Pour autant, cette étude montre que ces délits, loin d'être en concurrence, sont distincts et ne répriment pas les mêmes faits.

Avec internet, l'information et l'expression ont pris des formes et des extensions nouvelles. Il est toujours préoccupant de voir la loi de 1881, socle de la liberté d'expression et garant de l'équilibre démocratique, perdre de sa prééminence. Mais il est un fait que cette loi fondatrice est confrontée à des situations inédites qui exigent d'accepter ses limites, au risque de mettre en péril les droits des personnes et d'attenter à l'équilibre des libertés.

C'est ainsi que des droits nouveaux, comme le droit à l'oubli, ont été réglementés afin de répondre au flux excessif d'informations, et à la résurgence d'informations anciennes. Face à la diffusion démultipliée des données et aux dommages que cela peut causer en termes d'immixtion dans la vie privée, de préjudice moral et d'atteinte à la réputation, le délit d'usurpation d'identité numérique, tel que conçu par le législateur, permet de s'opposer à ce que nos données d'identification soient utilisées à notre insu dans le but de nuire. Ce délit correspond à une nouvelle forme de délinquance, que la loi de 1881 ne peut assimiler, et qui a toute sa place dans notre champ pénal.

<sup>30</sup> É. Ciotti, AN Première séance du 11 févr. 2010 ou encore B. Barèges, AN Compte rendu intégral première séance du 15 déc. 2010.

<sup>31</sup> C. civ., anc. art. 1382.