

Twitter, Facebook & Co – Plus média ou social?

Une analyse constitutionnelle et pénale de la jurisprudence récente

Davide Cerutti, Docteur en droit ^[1]/*Andrea Frattolillo*, MLaw ^[2] ,

Zusammenfassung: Bei Inkrafttreten der Art. 17 BV und 28 StGB Ende des letzten Jahrhunderts waren soziale Medien/Netzwerke, zumindest in ihrer heutigen Form, noch nicht bekannt. Seit ihrem Auftreten sind viele juristische Aspekte wie beispielsweise die Definition des Begriffs «Medien» in Frage gestellt geworden. Einige Gerichte haben bezüglich Twitter und Facebook darüber mit unterschiedlichen Ergebnissen entschieden. Die Normauslegung und die Analyse von Literatur und Rechtsprechung zeigen jedoch, dass solche Plattformen nicht als Medien im juristische Sinn zu betrachten sind.

Résumé: Lorsque les art. 17 Cst. et 28 CP sont entrés en vigueur à la fin du siècle passé, les réseaux/médias sociaux, du moins tels que nous les connaissons, n'existaient pas encore. Depuis leur apparition, plusieurs aspects juridiques ont été remis en cause, dont la définition de ce qu'il faut comprendre par « média ». Différents tribunaux se sont prononcés sur la question à l'égard de *Twitter* et *Facebook*, en arrivant à des réponses diverses et variées. L'interprétation de ces dispositions et l'analyse de la doctrine et jurisprudence en la matière montrent cependant que ces plateformes ne peuvent être considérées comme des médias au sens juridique du terme.

Table des matières

I. Introduction N 1

II. L'importance de la qualification de «médias» dans le droit pénal et constitutionnel N 4

1. Le champ de protection matériel de l'art. 17 Cst. et le champ d'application de l'art. 28 CP

A. Une tentative de définition de la notion de média en droit constitutionnel N 5

B. Une tentative de définition de la notion de média en droit pénal N 9

C. Les droits découlant de cette définition N 12

2. Twitter

A. Fonctionnement N 14

B. La jurisprudence zurichoise N 15

a) L'interprétation : point de départ N 16

b) L'interprétation littérale N 17

c) L'interprétation historique N 23

d) L'interprétation systématique N 26

e) L'interprétation téléologique N 41

f) Conclusion N 43

3. Facebook

A. Fonctionnement N 44

B. La jurisprudence fédérale

a) Une question laissée ouverte, mais une tendance négative N 45

b) Appréciation critique N 49

III. Conclusion N 54

I. Introduction

1

Emblèmes d'une démocratisation du monde du numérique depuis plusieurs années maintenant, les réseaux/médias sociaux sont omniprésents dans la communication en ligne. Ils prennent des formes diverses et variées (allant des microblogs aux plateformes de recherche de partenaires)^[31], sont relativement faciles d'utilisation et ils ne se limitent généralement pas à un seul support de diffusion^[41]. La crise sanitaire mondiale liée au Covid-19 a d'ailleurs contribué à les rendre encore plus indispensables dans le paysage numérique^[51].

2

L'impact qu'ont les réseaux/médias sociaux sur la communication en ligne et les entreprises globales qui les gèrent^[61] redéfinissent les contours d'un monde médiatique déjà en pleine mutation avec l'arrivée d'Internet et du *World Wide Web*, son application la plus répandue. De plus, nerf de la guerre dans la survie de plusieurs entreprises médiatiques, ces nouvelles institutions du numérique se sont arrogé une partie du marché publicitaire précédemment réservé aux médias «traditionnels».

3

Il devient nécessaire de se demander si ces réseaux/médias sociaux peuvent être juridiquement considérés comme des médias. Pour ce faire, nous prendrons deux exemples connus, *Twitter* et *Facebook*, et nous analyserons des décisions récentes en lien avec ces plateformes. Sans vouloir se montrer exhaustive en la matière, cette modeste contribution aura donc plus pour but d'ouvrir des pistes de réflexion, surtout en droit constitutionnel et pénal, que d'émettre un avis péremptoire sur le sujet.

II. L'importance de la qualification de «médias» dans le droit pénal et constitutionnel

4

Qu'il s'agisse de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst.)^[71], ou du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)^[81], l'ordre juridique suisse donne une place importante aux «médias». D'un côté, le texte fondamental helvétique leur accorde une liberté spécifique à son article 17, et, de l'autre, le droit pénal prend en compte leur statut particulier en les soumettant à un régime de responsabilité spécifique (art. 28s. CP). Ainsi, qu'on se retrouve dans le droit constitutionnel ou pénal, être qualifié de «médias» a donc une importance que nous allons tenter d'esquisser dans les paragraphes qui vont suivre.

1. Le champ de protection matériel de l'art. 17 Cst. et le champ d'application de l'art. 28 CP

A. Une tentative de définition de la notion de média en droit constitutionnel

5

Sous le titre de «Liberté des médias», l'art. 17 al. 1 Cst. dispose que «[l]a liberté de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques est garantie.» En choisissant cette formulation, le constituant a délibérément voulu faire dépendre le champ de protection matériel de cette liberté de la notion de média, mais aussi d'une certaine typologie de celle-ci. Bien que la liste des catégories de «médias» soit

exhaustive (presse, radio, télévision, autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques)^[9], il serait erroné de penser que le champ de protection matériel soit fermé ou qu'il faille avoir une acception classique des différentes catégories.

6

En effet, cette liberté a été pensée pour prendre en compte toutes les formes de média^[10], comme le laisse entendre la formulation «ouverte» de la dernière catégorie, qu'il convient, à cet égard, de considérer plus comme une clause générale et évolutive^[11], que comme une catégorie précise^[12]. De plus, l'évolution du paysage médiatique oblige le droit à élargir la conception de certaine forme historique comme la presse^[13].

7

À part cette liste, la disposition constitutionnelle ne donne toutefois pas de définition de ce qu'il faut entendre par média. Il est également difficile de trouver des précisions dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, qui tend plutôt à souligner l'importance de cette liberté et ses fonctions dans une société démocratique, qu'à délimiter le champ de protection matériel de ce droit fondamental^[14]. Il faut remonter en 1970 sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874 pour trouver une définition de la presse dans le cadre de la liberté du même nom. Ainsi, selon les juges de Mon Repos, il fallait qu'il s'agisse d'un produit de l'imprimerie, destiné à un nombre plus ou moins grand de lecteurs et qu'il tende à la réalisation d'un but idéal^[15]. En tant que média historique, mentionné en premier dans la liste de la liberté des médias, on peut donc en inférer que la notion plus large de média englobe également ces trois conditions, avec l'exigence de la technique qui va plus loin

que celle de l'imprimerie^[16]. Cela semble d'ailleurs correspondre à la vision de la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) dans l'analyse de l'art. 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH^[17])^[18].

8

Avec la révolution numérique, et l'arrivée d'Internet notamment, il devient de plus en plus difficile de distinguer ce qui constitue un média protégé par l'art. 17 Cst., d'une communication tombant dans le champ de protection de l'art. 16 Cst. sur la liberté générale d'opinion et d'information. En effet, si on admettait que seules les trois conditions susmentionnées restent applicables, alors une grande partie de la communication en ligne devrait être considérée comme média, et cela diminuerait l'impact de la liberté des médias^[19]. Pour pallier ce défaut, la doctrine, en se basant notamment sur la Recommandation CM/Rec(2011)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe^[20], a complété ces conditions en y ajoutant le caractère fonctionnel de la publication^[21]. Si ces «extensions» sont souhaitables, nous estimons qu'elles ne prennent pas encore totalement en compte toute la diversité du paysage médiatique et l'essence de la communication de masse. Ainsi, nous aurions tendance à suivre les explications faites par Volz, qui nous en donne une définition convaincante. Pour elle, on parle de média lorsque la communication intervient par des moyens techniques permettant de surmonter une certaine distance, qu'elle suit le principe de l'émetteur-récepteur, qu'elle est destinée à un large public, et qu'elle émane d'une entité présentant une certaine organisation et durabilité^[22].

B. Une tentative de définition de la notion de média en droit pénal

Sous le titre «Punissabilité des médias», l'art. 28 al. 1 CP dispose que «[l]orsqu'une infraction a été commise et consommée sous forme de publication par un média, l'auteur est seul punissable, sous réserve des dispositions suivantes.» À la différence du texte constitutionnel, qui énumère les catégories touchées, la disposition pénale utilise le terme général de média pour délimiter son champ d'application.

10

Lorsque le législateur a décidé d'élargir le champ d'application de cette disposition de la simple punissabilité de la presse à celle des médias, il avait pour objectif de «soumettre au droit pénal l'ensemble des médias, de la presse écrite traditionnelle aux médias électroniques modernes, en étendant les dispositions applicables à la presse à tous les médias»^[23]. Parmi les « médias » touchés, on pensait notamment, en plus de la presse, à la radio, la télévision, le télétexte, le vidéotex et les messageries électroniques sur Internet^[24]. Ainsi, comme le libellé de l'art. 17 al. 1 Cst., les travaux préparatoires ne proposent pas une définition du terme, mais se limitent à une liste exemplative de ce qui est inclus dans la définition. Ce rapprochement avec la liberté des médias est aussi attesté par la doctrine, qui y voit dans la disposition pénale une mise en œuvre du droit fondamental^[25].

11

Les tribunaux ou la doctrine qui se sont intéressés au champ d'application de la disposition ont tous défini les médias de manière classique, soit en rappelant la composante technique et la nécessité d'atteindre un large public^[26]. Comme pour la définition constitutionnelle, à laquelle elle est liée, cette acception devient insatisfaisante à l'ère du numérique et il convient, selon nous, d'opérer le même élargissement^[27]. La seule différence historique entre les deux dispositions a

trait au contenu des publications. En effet, la jurisprudence du Tribunal fédéral avait déjà admis qu'une publication commerciale entrait dans le régime spécial du droit pénal des médias^[28].

C. Les droits découlant de cette définition

12

Partie intégrante des libertés de communication (art. 16 ss Cst.), la liberté des médias (art. 17 Cst.) constitue une disposition spéciale par rapport à l'art. 16 Cst. qui protège la liberté générale d'opinion et d'information^[29]. Outre la protection du secret rédactionnel expressément garantie à l'art. 17 al. 3 Cst., la qualification en tant que média offre plusieurs droits sous l'angle constitutionnel. On peut notamment citer la libre création des entreprises de média^[30], la libre détermination du contenu^[31], et la libre diffusion de ce dernier^[32]. Le Tribunal fédéral résume souvent la liberté des médias comme protégeant l'activité de recherche des journalistes visant l'élaboration et la diffusion dans l'espace public de produits médiatiques^[33]. En plus de ces droits, les atteintes à l'art. 10 CEDH à l'égard des médias font l'objet d'un examen prudent de la part de la CourEDH^[34].

13

Au niveau pénal, l'art. 28 CP instaure le principe de la responsabilité primaire et exclusive de l'auteur (al. 1)^[35], ainsi que le principe d'une responsabilité en cascade (al. 2 et 3)^[36]. Cette conception part de l'idée centrale que la responsabilité principale d'une publication illicite incombe en premier lieu à la personne derrière l'élaboration et l'expression du contenu pénalement répréhensible^[37]. La responsabilité subsidiaire des alinéas 2 et 3 offre un privilège aux médias, car lorsque l'auteur est connu, les

autres participants ne peuvent être mis en cause^[38]. De plus, si l'auteur est inconnu, seul le rédacteur ou, à défaut, la personne responsable de la publication, pourra être tenue pour responsable de l'infraction de défaut d'opposition à une publication constituant une infraction (art. 322bis CP).

2. Twitter

A. Fonctionnement

14

Twitter est l'un des médias sociaux les plus connus. Il s'agit d'un service de *microblogging* sur lequel il est possible de publier des contributions (les «*tweets*») plus courtes (d'un maximum originellement de 140 caractères pour reprendre le format des premiers SMS et maintenant 280^[39]) que sur un blog normal^[40]. Ce service a pour but de créer un réseau dans lequel les usagers peuvent se «suivre» mutuellement en s'abonnant à leurs comptes respectifs^[41]. Ce portail permet également aux personnes de propager une publication en la partageant, pour permettre à ses abonnés, voire à des personnes non inscrites à *Twitter*, d'y avoir accès. Ce phénomène est appelé «*retweet*»^[42]. Si on ajoute à ces derniers les différents «*hashtags*»^[43] présents sur les *tweets*, une information peut rapidement gagner en notoriété et atteindre un public relativement large^[44].

B. La jurisprudence zurichoise^[45]

15

Le 26 janvier 2016, le juge unique du tribunal de district de Zurich a rendu un arrêt très intéressant concernant la qualification de Twitter comme médias^[46]. Le juge se livre – affirme-t-il – à l'interprétation de l'art. 28 CP pour justifier l'assimilation de Twitter aux médias.

a) L'interprétation : point de départ

16

L'interprétation, également en droit pénal, se fonde sur les habituelles «quatre méthodes» : grammatico-littérale, historique, systématique et téléologique^[47]. Le Tribunal fédéral adopte une approche pragmatique sans privilégier aucune méthode^[48].

b) L'interprétation littérale

17

Le tribunal zurichois a considéré, dans le considérant consacré au «*Sprachgebrauch*», que «*Für Twitter, Facebook, Google+ und ähnliche Plattformen ist sowohl der englische Ausdruck "social media" als auch dessen eingedeutschte Variante gebräuchlich. Mit dem Wortlaut von Art. 28 StGB ist es vereinbar, Veröffentlichungen auf Twitter dieser Regelung zu unterstellen*»^[49].

18

Or, il ne s'agit pas d'une interprétation littérale. Celle-ci débute par l'examen du texte dans les trois langues officielles (art. 70 al. 1 Cst.)^[50]. Se concentrant sur le texte, il sied de le lire par le biais des définitions proposées par le dictionnaire^[51].

19

Commençons en rappelant qu'en droit suisse il n'y pas de définition légale de média^[52]. L'art. 28 al. 1 CP, dans les trois langues officielles est rédigé comme suit :

Lorsqu'une infraction a été commise et consommée sous forme de publication par un média, l'auteur est seul punissable, sous réserve des dispositions suivantes.

Wird eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in

einem Medium begangen und erschöpft sie sich in dieser Veröffentlichung, so ist, unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen, der Autor allein strafbar.

Se un reato è commesso mediante pubblicazione in un mezzo di comunicazione sociale e consumato per effetto della pubblicazione, solo l'autore dell'opera è punito, fatte salve le disposizioni che seguono.

20

Le seul texte à présenter un certain degré de précision concernant la notion de «média» est le texte italien. Celui-ci, dans le titre marginal évoque les mass-médias (à savoir un moyen de communication de masse). De plus, dans la formulation de l'al. 1, la version italienne précise que la publication concernée doit avoir été présentée dans un «moyen de communication sociale»^[531].

21

Dans la définition donnée par le *Robert* en ligne, média est un «moyen, technique et support de diffusion massive de l'information (presse, radio, télévision, cinéma...)»^[541]. Le *Larousse* en ligne précise, quant à lui, que média est un «procédé permettant la distribution, la diffusion ou la communication d'œuvres, de documents, ou de messages sonores ou audiovisuels (presse, cinéma, affiche, radiodiffusion, télédiffusion, vidéographie, télédistribution, télématique, télécommunication)»^[551].

22

Les deux définitions reprennent les éléments que nous avons mis en exergue ci-avant^[561]. Dès lors, en défaut de tout procédé de diffusion d'information et d'absence d'une certaine organisation de l'émetteur, nous pouvons admettre que l'interprétation littérale ne conduise pas à justifier que *Twitter* – comme plateforme numérique – soit considéré un média pour l'art. 28 al. 1 CP. La version italienne de l'art. 28 al.

1 CP ne nous paraît en effet pas suffisante pour admettre cette assimilation.

c) L'interprétation historique

23

Le tribunal zurichois a évalué également la portée historique de la notion de «média» à l'art. 28 CP^[57]. En réalité, le juge a opté pour une interprétation historique évolutive, qui consiste à reconstituer la volonté du législateur et à actualiser l'idée proposée par lui aux temps actuels et dans le contexte contemporain^[58].

24

Or, dans le Message du Conseil fédéral du 17 juin 1996^[59], l'Exécutif a certes pris en compte l'évolution technologique^[60], mais il a eu soin de préciser que ce «prodigieux développement» de l'informatique visait – et, rajoutons-nous, ne devait être appréhendé que pour – les «moyens d'information»^[61]. Ceci parce que – continue le Conseil fédéral – «[l]es médias ont de tout temps joué un rôle en vue dans la vie politique, d'une part comme diffuseurs d'idées et supports de la discussion démocratique, d'autre part comme «gardiens» du bon fonctionnement des institutions et du bon travail de leurs représentants»^[62]. Le Conseil fédéral a utilisé ces prémisses, lorsqu'il a justifié d'étendre l'art. 27 aCP – l'actuel art. 28 CP – de la presse aux autres médias^[63].

25

Compte tenu de la nécessité d'être un «moyen d'information», il nous paraît que l'interprétation historique, même actualisée, devrait exclure *Twitter* de la qualité de média.

d) L'interprétation systématique

26

La Cour zurichoise a présenté également l'art. 28 CP dans l'ordre juridique, en se concentrant sur les art. 28a CP et art. 172 CPP^[64].

27

Nous souhaitons regarder, d'abord, l'approche systématique adoptée par le tribunal, mais dans une dimension également linguistique. L'art. 28a al. 1 CP est rédigée comme suit dans les trois langues officielles :

Les personnes qui, à titre professionnel, participent à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique et leurs auxiliaires n'encourent aucune peine et ne font l'objet d'aucune mesure de coercition fondée sur le droit de procédure s'ils refusent de témoigner sur l'identité de l'auteur ou sur le contenu et les sources de leurs informations.

Verweigern Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen, oder ihre Hilfspersonen das Zeugnis über die Identität des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen, so dürfen weder Strafen noch prozessuale Zwangsmassnahmen gegen sie verhängt werden.

Non possono essere inflitte pene né presi provvedimenti processuali coercitivi nei confronti di persone che si occupano professionalmente della pubblicazione di informazioni nella parte redazionale di un periodico nonché nei confronti dei loro ausiliari, se rifiutano di testimoniare sull'identità dell'autore dell'opera o su contenuto e fonti delle informazioni.

28

L'art. 28a CP permet – selon nous – d'exclure *Twitter* de la notion de médias, car il se réfère aux professionnels qui sont

occupés dans la partie rédactionnelle d'un média. Cela signifie – nous semble-t-il – que les médias visés à l'art. 28a CP sont les moyens de communication qui ont une partie rédactionnelle, autrement dit qui diffusent des informations avec une certaine organisation^[65].

29

L'art. 172 al. 1 CPP a les teneurs suivantes:

Les personnes qui, à titre professionnel, participent à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique et leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur l'identité de l'auteur ainsi que sur le contenu et la source de leurs informations.

Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums befassen, sowie ihre Hilfspersonen können das Zeugnis über die Identität der Autorin oder des Autors oder über Inhalt und Quellen ihrer Informationen verweigern.

Le persone che si occupano professionalmente della pubblicazione di informazioni nella parte redazionale di un periodico, nonché i loro ausiliari, hanno facoltà di non deporre in merito all'identità dell'autore o al contenuto e alle fonti delle loro informazioni.

30

La formulation de l'art. 172 CPP reprend, pour l'essentiel, l'art. 28a CP. Nous pouvons donc confirmer les points évoqués ci-dessus.

31

L'alinéa 2 de l'art. 28 CP est intéressant, car il prévoit la responsabilité en cascade du rédacteur ou de la personne responsable de la publication «si l'auteur ne peut être découvert ou qu'il ne peut être tra-duit en Suisse devant un tribunal». Or, le « rédacteur» est la personne «qui assume la

responsabilité de la publication»^[66], autrement dit le rédacteur se trouve au cœur de l'équipe rédactionnelle^[67]. Certes, d'aucuns estiment que cette terminologie n'est pas adaptée à l'ère numérique^[68], mais il faudrait, avant tout, définir ce qu'est un média numérique^[69], à défaut de quoi il nous semble difficile pouvoir imaginer d'étendre ou d'emprunter par analogie les concepts juridiques établis il y a 25 ans.

32

La «personne responsable de la publication» est celle qui, au sein de l'entreprise de média, peut empêcher la publication^[70], selon l'organigramme^[71]. Autrement dit, la personne responsable est celle qui peut «exercer une surveillance et [...] intervenir si nécessaire»^[72].

33

Corollaire de l'art. 28 al. 2 et 3 CP est l'art. 322 CP, qui mentionne les «entreprises de médias»^[73] en distinguant en leur sein – genre et espèces – les journaux et autres périodiques^[74]. Les indications à fournir montrent une certaine professionnalisation du média concerné.

34

En guise de conclusion intermédiaire, nous pourrions argumenter que *Twitter*, conçu comme plateforme, n'est pas un média, à défaut de rédacteur et de personne responsable ainsi que de structure organisationnelle et professionnelle.

35

Pour une interprétation systématique, il sied de citer encore l'art. 28g al. 1 CC^[75], en interprétant le mot «médias». Or, selon le message du Conseil fédéral du 5 mai 1982 qui a présidé à l'introduction, notamment, de l'art. 28g CC, les

médias étaient conçus comme «toutes les techniques permettant de rassembler et de traiter des informations»^[76]. Concept repris quelques pages plus bas^[77]. Le droit de réponse oppose information à information^[78]. De plus, notre Haute Cour a également indiqué qu'il n'y a pas «médias» au sens de l'art. 28g al. 1 CC que lorsqu'un instrument d'information est destiné à la publicité ou susceptible de publicité^[79], tout en précisant que l'on vise les «*Medienunternehmen*»^[80]. L'accent est donc mis sur l'information et, nous rajoutons, professionnelle.

36

Si l'on considère *Twitter* un média, il faudrait dès lors aménager un droit de réponse, le cas échéant avec une concrétisation judiciaire. Mais sur quelle page ? Et qu'en serait-il d'une éventuelle réponse spontanée exécutée par la personne lésée ? En conclusion, l'art. 28g CC ne permet pas, à notre avis, de considérer *Twitter* – toujours conçu comme plateforme – un média.

37

L'art. 266 CPC traite également des médias, en précisant qu'il vise ceux «à caractère périodique»^[81], à savoir «ceux dont les diffusions sont régulières»^[82]. Le point central de la réglementation se rattache à l'activité des médias, c'est-à-dire «la recherche des informations» ainsi que «leur diffusion»^[83]. À nouveau donc il nous semble que *Twitter* en soi ne peut pas être considéré un média.

38

A l'échelon constitutionnel nous devons citer les art. 17 et 93 Cst.^[84]. Ces deux articles ne permettent pas, selon nous – et selon les développements évoqués ci-avant^[85] et même si la presse numérique peut être assimilée à la presse

traditionnelle^[86] – ils ne justifient pas non plus l'assimilation de la presse numérique à la presse traditionnelle.

39

Pour conclure l'interprétation systématique nous pouvons citer, bien que lesdites règles ne deviendront pas de droit positif, l'avant-projet de loi sur les médias électroniques (AP-LME)^[87]. Celle-ci aurait dû s'adresser aux médias qui font un «journalisme de qualité»^[88]. Or l'art. 1 al. 2 AP-LME définissait les médias électroniques comme les «offres de médias transmises au moyen de techniques de télécommunication et destinées au public en général». Or, selon le rapport explicatif, «[l]a communication individuelle entre les utilisateurs de médias sociaux n'entre pas dans cette définition»^[89]. Un réseau social n'est donc pas un média (électronique).

40

Pour conclure, l'interprétation systématique ne justifie pas non plus – à notre avis – que *Twitter* soit considéré un média.

e) L'interprétation téléologique

41

Le tribunal de district a examiné le but de l'art. 28 CP au c. 4.3.4^[90]. Or, le but de l'art. 28 CP est de réprimer les infractions qui concrétisent une expression de la pensée^[91], tout en permettant à la presse de publier des articles anonymes ainsi que protéger le lésé contre les conséquences de cet anonymat, en choisissant à cet effet le système de la responsabilité en cascade^[92].

42

Certes, le libre échange d'opinions mentionné par le tribunal

de Zurich est important. Mais il ne permet pas à lui seul d'inclure *Twitter*, comme plateforme, dans la notion de média.

f) Conclusion

43

Il nous paraît que l'interprétation – selon les quatre méthodes habituelles – du mot «médias» ne permette pas de conclure que *Twitter*, comme plateforme digitale, puisse être assimilé aux médias^[93].

3. Facebook

A. Fonctionnement

44

Lorsque Mark Zuckerberg a fondé *Facebook* en 2004, il était sûrement loin de se douter qu'il allait devenir la référence en matière de réseaux sociaux. D'un simple réseau d'un groupe universitaire à l'origine, *Facebook* a su devenir un véritable phénomène mondial^[94]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit d'un réseau social conçu pour permettre une communication rapide et d'une grande portée^[95]. D'une interface originellement assez peu complexe, la plateforme a su se développer sur divers supports (qu'on prenne le site ou l'application mobile) et offre désormais énormément de fonctionnalités à ses utilisateurs, tels que la création d'un profil, d'un événement, d'une page de groupe, d'une «*Fanpage*» ou encore d'un service de messagerie instantanée^[96]. Contrairement aux *retweets*, les publications *Facebook* gagnent en visibilité (auprès de ses amis pour un profil, auprès de ses « fans » pour les «*Fanpages*») grâce aux appréciations des autres utilisateurs^[97]. Parmi celles-ci, on trouve principalement les «j'aime» (les «*likes*» en anglais), représentés par le célèbre pouce levé, mais aussi d'autres

formes de réactions^[98].

B. La jurisprudence fédérale

a) Une question laissée ouverte, mais une tendance négative

45

Dans la jurisprudence fédérale, peu sont les arrêts qui ont traité de la question de *Facebook* sous l'angle de l'art. 17 Cst. ou 28 CP. Deux affaires récentes nous donnent cependant quelques indications sur comment traiter la plateforme à l'aune de ces deux dispositions.

46

Commençons par la plus récente. Dans un arrêt publié le 29 janvier 2020, le Tribunal fédéral a dû, entre autres, établir si une réaction tel qu'un «j'aime» («*like*») sur *Facebook* était constitutif d'une diffamation au sens de l'art. 173 CP^[99]. Si le jugement a amené des éclaircissements bienvenus en la matière, largement commentés par la doctrine^[100], la question laissée ouverte par le Tribunal fédéral au considérant 3 a fait l'objet de peu de discussions. En effet, dans cette affaire, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte quant à savoir si *Facebook* constituait un média au sens de l'art. 28 CP^[101].

47

Si cette affaire ne tranche pas ce point, on peut trouver des indices en la matière dans une affaire civile de 2019. Le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur le caractère justifié des requêtes de suppression de plusieurs publications *Facebook*, postées sur le fil de discussion de l'événement «Veganmania Schweiz 2015»^[102].

Parmi les différents griefs invoqués par la recourante, figurait notamment une violation de sa liberté des médias (art. 17 Cst.)^[103]. Le TF a admis l'application de l'art. 16 Cst. et 10 CEDH, sans toutefois constater de violation^[104], mais a refusé l'application de la liberté des médias^[105]. Ce refus été motivé par le fait qu'il n'y avait pas d'activité médiatique et la recourante n'apparaissait pas comme une journaliste^[106]. À la différence de l'arrêt zurichois sur *Twitter*, qui pour certains valait également pour des réseaux sociaux comme *Facebook*^[107], le TF nous semble confirmer que la notion de média est plus restreinte, et qu'il ne faut pas s'arrêter à des considérations techniques.

b) Appréciation critique

Bien que les juges de Mon Repos n'aient pas fait d'analyse approfondie de la question, nous estimons que la solution correspond à l'esprit de la liberté des médias et au système du privilège de l'art. 28 CP pour les raisons suivantes.

Avant tout, en tant que plateforme, les remarques faites plus haut pour *Twitter* sont également valables pour *Facebook*^[108]. Ensuite, il nous semble inopportun de considérer tout le site comme un média de masse^[109], surtout pour les différents modes de communication individuelle qu'il propose^[110]. De plus, son but est de créer un réseau permettant de regrouper les utilisateurs autour de leurs amis et connaissances ou de sujets communs^[111]. En effet, les profils *Facebook* sont conçus et pensés surtout pour permettre aux profils «amis» de profiter en «privé» du contenu publié^[112]. Il devient difficile de considérer que, de manière abstraite, l'exigence de

publicité que requiert les médias de masse soit réalisée ou réalisable^[113]. Cette interprétation nous semble également rejoindre celle du Tribunal fédéral, qui avait estimé qu'une menace proférée à l'encontre de tous les amis d'un profil *Facebook* ne constituait pas une menace alarmant la population au sens de l'art. 258 CP^[114]. La solution du TF était, entre autres, justifiée par le fait que l'auteur d'une publication *Facebook* connaît ses amis, que ce soit dans la vie réelle ou dans le monde virtuel, et qu'il ne s'agit pas d'un public indéterminé^[115].

51

Si l'on revient à l'affaire civile susmentionnée^[116], on constate que les publications litigieuses avaient été postées sur la page d'un événement *Facebook*. Celles-ci sont normalement publiques, ouvertes à toute la communauté du réseau social. En reprenant les éléments de définition établis plus haut, on constate que les exigences de la technique et de la publicité sont remplies, de même que celle du contenu de nature idéale^[117]. Il ne ressort pas de l'arrêt que les organisatrices de l'événement soient organisées de manière rédactionnelle^[118], bien qu'une telle solution ne puisse pas être d'emblée exclue. En revanche, cela n'était de toute évidence pas le cas de la recourante, qui n'était qu'une utilisatrice ordinaire de *Facebook*. En outre, pour que le principe de l'émetteur-récepteur soit respecté, il aurait fallu que l'information soit le fait d'une des organisatrices, et non d'une participante à l'événement^[119].

52

Si la plateforme dans son entier ne doit pas être considérée comme un média, cela ne signifie pas pour autant que des médias ne puissent pas se trouver dessus. On pense notamment aux *Fanpages* qui ont un fonctionnement plus similaire à celui

des blogs. Elles sont accessibles par tout le monde sur le net et sont très utilisées par les entreprises et autres personnalités publiques pour être représentées sur *Facebook*^[120]. Ainsi, si toutes les conditions nécessaires pour être qualifiées de média sont remplies, notamment les questions liées au contenu et à l'organisation rédactionnelle^[121], une *Fanpage* pourra alors être considérée comme média. À cet égard, la présence d'un «badge bleu de vérification» constitue, selon nous, un indice permettant de distinguer les *Fanpages* médiatiques des autres^[122].

53

L'avantage de cette solution est de permettre, entre autres, une application cohérente de l'art. 28 CP dans le cadre des réseaux sociaux. En effet, dans une telle configuration, la responsabilité en cascade des alinéas 2 et 3 n'entrerait en compte qu'en cas d'infraction commise par une page médiatique et n'impliquerait que le rédacteur ou la personne responsable de la publication du média en cause. En revanche, si on admettait que *Facebook* est un média et que le réseau social intervient à titre de rédacteur ou de personne en charge de la publication, alors il serait subsidiairement responsable de toutes les publications faites sur la plateforme. Cela irait certes de soi pour l'utilisateur standard, qui ne passe pas par un processus rédactionnel pour mettre en ligne du contenu, mais cela impliquerait également pour *Facebook* une possible condamnation pénale en tant que «rédacteur» ou «personne responsable de la publication» de contenu publié par des entreprises médiatiques comme le Temps, la Neue Zürcher Zeitung ou encore la SRG/SSR. Ces dernières pourraient alors être tentées de passer par les réseaux sociaux pour «échapper» systématiquement aux condamnations pénales.

III. Conclusion

54

Les réseaux/médias sociaux sont souvent l'objet de diverses controverses, allant des questions liées à la protection des données des utilisateurs à la censure du président États-Unis d'Amérique. Leur succès et leur impact sur la communication de masse, notamment de *Twitter* et *Facebook*, nous ont amené à nous poser la question suivante dans le cadre de cette contribution : Est-ce que ces deux plateformes peuvent être juridiquement considérées des «médias»?

55

Arrivés à la fin de cette présentation, nous pouvons suggérer que ces deux plateformes ne sont pas des médias. Elles n'en ont pas les éléments constitutifs mis en exergue dans les paragraphes qui précèdent, notamment l'organisation et la durabilité^[123], l'information à partager et la professionnalisation^[124]. Ainsi, nous ne remettons pas en cause l'importance de ces réseaux/médias sociaux pour le débat public, mais simplement la qualification de ceux-ci.

56

La notion de «média» dans le contexte digital mérite d'être précisé, compte tenu de l'évolution technologique et des facilités de partager des informations, même sur des questions juridiques.

Notes de bas de page:

1. Avocat (Walder Wyss SA, Lugano/Lausanne, *counsel*), professeur remplaçant à l'Université de Lausanne

(«introduction au droit et méthodologie juridique») et de la Suisse italienne («communication judiciaire» et «communication institutionnelle»), président du Comité d'éthique de l'Université de la Suisse italienne. [↑](#)

2. Assistant diplômé à l'Université de Lausanne, doctorant sous la direction des Prof. Vincent Martenet (Université de Lausanne) et Urs Saxer (Université de Zurich). [↑](#)
3. Conseil fédéral, Un cadre juridique pour les médias sociaux: Nouvel état des lieux – Rapport complémentaire du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 «Cadre juridique pour les médias sociaux», Berne 2017, p. 7. [↑](#)
4. Le sociologue Rieffel parle, à cet égard, d'une «connexion multisupports quasi continue» (Rémy Rieffel, *Révolution numérique, révolution culturelle ?*, Paris 2014, p. 89). [↑](#)
5. *Carnets de l'innovation, Le blog de Philippe Labouchère – Covid-19: les géants du numérique se renforcent*, <https://blogs.letemps.ch/philippe-labouchere/2020/04/06/covid-19-les-geants-du-numerique-se-renforcent/>, dernier accès le 30 juin 2020. [↑](#)
6. Urs Saxer/Florian Brunner, *Der Service public, die digitale Revolution und die Medienverfassung* in : PJA 2018, p. 22 ss, p. 24. [↑](#)
7. RS 101. [↑](#)
8. RS 311.0. [↑](#)
9. Franz Zeller/Regina Kiener, Art. 17 BV N 13 in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Besler/Astrid Epiney (Éd.), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle 2015. [↑](#)
10. Stephan C. Brunner/Herbert Burkert, Art. 17 BV N 6 in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer

J.Schweizer/Klaus A. Vallender (Éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar – Band I und II*, 3^{ème} édition, Zurich 2014 ; BSK BV – Zeller/Kiener (n. 9), Art. 17 N 13. [↑](#)

11. L'aspect évolutif ressort des débats parlementaires autour de l'art. 17 Cst. et a été mentionné par plusieurs intervenants, notamment en lien avec Internet (BO CN 1998 200). [↑](#)
12. Barrelet/Werly y voient cependant une liberté expresse des télécommunications (Denis Barrelet/Stéphane Werly, *Droit de la communication*, 2^{ème} édition, Berne 2011, p. 85 ss). De plus, malgré cette clause générale, Brunner estime qu'il faudrait ajouter les plateformes électroniques à la liste de l'art. 17 al. 1 Cst. (Stephan C. Brunner, *Art. 17 Medienfreiheit* in : Sophie Weerts/Colette Rossat-Favre/Christine Guy-Ecabert/Anne Benoit/Alexandre Flückiger (Éd.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader*, Bâle 2018, p. 97). Il rappelle toutefois qu'il s'agirait d'une adaptation formelle du texte, sans que cela n'ajoute de nouveauté matérielle à cette liberté (Brunner, p. 98). [↑](#)
13. Davide Cerutti/Andrea Frattolillo, *La stampa oggi: una lettura numerica degli articoli 17 e 93 della Costituzione federale*, in : Rivista ticinese di diritto (RtiD) I-2020, p. 315 ss. [↑](#)
14. Voir notamment les ATF 137 I 8 c. 2.5 ; 137 I 209 c. 4.2 ; 141 I 211 c. 3.1 ; 143 I 194 c. 3.1 ; 144 I 126 c. 4.1. [↑](#)
15. Ces trois conditions ressortent de l'ATF 96 I 586 c. 3a à c. [↑](#)
16. St. Gall Komm. – Brunner/Burkert (n. 10), Art. 17 N 14

et 17 ; BSK BV – Zeller/Kiener (n. 9), Art. 17 N 9 ss. ; Jacques Dubey, *Droits fondamentaux – Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle 2018, p. 283 s. [↑](#)

17. RS 0.101. [↑](#)

18. Dans deux décisions récentes, les juges de Strasbourg ont estimé que deux portails d'actualité devaient être considérés comme médias et être mis au bénéfice de la liberté de la presse en se basant sur des exigences similaires. Ainsi, la justification avait trait au fait que le portail estonien Delfi et le portail hongrois 444.hu étaient gérés professionnellement, traitaient de sujets d'actualités, et touchaient une large audience (CourEDH, arrêt *Delfi c. Estonie* [GC], du 16 juin 2015, § 117 ; arrêt *Magyar Jeti ZRT c. Hongrie*, du 4 décembre 2018, § 70). [↑](#)

19. À cet égard, Salmina parle de concurrence entre macromédias et micromédias, ces derniers étant ceux natifs de l'ère numérique (Edy Salmina, *Medien. Die vierte Gewalt – Medienfreiheit, Medienverantwortung, Medienopfer*, Berne 2018, p. 68 s.). [↑](#)

20. Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux États membres sur une nouvelle conception des médias, Strasbourg 2011. [↑](#)

21. BSK BV – Zeller/Kiener (n. 9), Art. 17 N 17 ; Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wyttenbach, *Grundrechte*, 3^{ème} édition, Berne 2018, p. 248 s. Semblent aller dans le même sens St. Gall Komm. – Brunner/Burkert (n. 8), Art. 17 N 31 ; Markus Schefer, *Kommunikationsgrundrechte* in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse – Volume II: E'tat de droit*

Droits fondamentaux et droits humains, Zurich 2020, p. 1413 ss, p. 1438 ; Urs Saxer, *Die Online-Zuständigkeiten des Bundes* in: PJA 2017, p. 334 ss, p. 341 ; Martin Dumermuth, *Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV* in : ZBl 117/2016, p. 335 ss, p. 348. [↑](#)

22. Stéphanie Volz, *Trennungsgebot und Internet – Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz*, Thèse Zurich, Zurich – Bâle – Genève 2013, p. 14 s. Voir aussi la définition déjà reprise par Cerutti/Frattolillo (n. 13) et par Andrea Frattolillo, *Vox populi, vox Dei? Il fenomeno dei processi visti dai social media, in particolare il caso del pestaggio di Giumaglio* in: Davide Cerutti/Francesco Lepori (Éd.), *La cronaca giudiziaria ticinese, Sguardi comunicativi, giuridici e metodologici*, Bâle 2020, p. 149 ss, p. 156. [↑](#)

23. FF 1996 IV 540. [↑](#)

24. FF 1996 IV 558. [↑](#)

25. Barrelet/Werly (n. 12), p. 410 s. ; Peter Nobel/Rolf H.Weber, *Medienrecht*, 3^{ème} édition, Berne 2007, p. 271 s. ; Franz Zeller, Art. 28 N 1 in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Éd.), *Strafrecht (StGB/JStGB) – Basler Kommentar*, 4^{ème} édition, Bâle 2018 ; Stéphane Werly, art. 28 N 6 in : Robert Roth/Laurent Moreillon (Éd.), *Code pénal I – Art. 1-110 CP – Commentaire Romand*, Bâle 2009. [↑](#)

26. Pour ce qui est des tribunaux, on peut retrouver une définition historique du terme dans l'ordonnance pénale du juge d'instruction fribourgeois du 31 octobre 2006 (RFJ/FZR 2006 p. 389, en particulier p. 391). Celui-ci explique qu'on entend par média, «un moyen technique diffusant des écrits, des images ou des sons à un public

plus ou moins déterminé.» Plusieurs auteurs de doctrine ont également repris cette définition (Barrelet/Werly (n. 12), p. 413 ; CR CP – Werly (n. 25), art. 28 N 14 ; Marc Jean-Richard-dit-Bressel/Stefan Trechsel, Art. 28 N 3 in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Éd.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 3^{ème} édition, Zurich 2018 ; BSK StGB – Zeller (n. 25), Art. 28 N 41 s. ; David Equey, *La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet*, thèse Lausanne, Berne 2016, p. 104 s.). [↑](#)

27. Cf. Ch.II.1.A) Nous semble aller dans le même sens le Tribunal pénal fédéral qui, dans une affaire de principe, a rappelé que la protection des art. 17 Cst. et 28 CP était réservée «*aux activités journalistiques propres à assurer une formation objective de l'opinion publique, par la diffusion d'informations ou d'opinions*» (Arrêt du TPF SK.2007.4 du 21 juin 2007, c. 3, non publié au TPF 2008 80). [↑](#)
28. ATF 117 IV 364 c. 2b. [↑](#)
29. ATF 137 I 209 c. 4.2. [↑](#)
30. Barrelet/Werly (n. 12), p. 43 ss. [↑](#)
31. ATF 127 I 145 c. 4b ; Barrelet/Werly (n. 12), p. 32 et 57. Nobel/Weber (n. 25), p. 96. [↑](#)
32. ATF 113 Ia 309 c. 4b ; 120 Ib 142 c. 3a ; Barrelet/Werly (n. 12), p. 42 ; Nobel/Weber (n. 25), p. 96. [↑](#)
33. ATF 137 I 8 c. 2.5 ; 137 I 209 c. 4.2 ; 141 I 211 c. 3.1 ; 143 I 194 c. 3.1 ; 144 I 126 c. 4.1. [↑](#)
34. CourEDH, arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], du 27 mars 1997, § 39 ; arrêt *Times Newspaper Ltd c. Royaume-Uni* (N° 1 et 2), du 10 mars 2009, § 41. [↑](#)

35. BSK StGB – Zeller (n. 25), Art. 28 N 73 ; CR CP – Werly (n. 25), art. 28 N 22 ; Nobel/Weber (n. 25), p. 275. [↑](#)
36. BSK StGB – Zeller (n. 25), Art. 28 N 92 ; CR CP – Werly (n. 25), art. 28 N 34 ; Nobel/Weber (n. 25), p. 273 s. [↑](#)
37. BSK StGB – Zeller (n. 25), Art. 28 N 73. [↑](#)
38. Cela permet notamment à des entreprises médiatiques de publier des contributions contenant certes des propos pénalement répréhensibles, mais d'importance pour le débat public (Nobel/Weber (n. 25), p. 274). [↑](#)
39. *Techcrunch – Twitter officially expands its character count to 280 starting today*, <https://techcrunch.com/2017/11/07/twitter-officially-expands-its-character-count-to-280-starting-today/>, dernier accès le 30 juin 2020. [↑](#)
40. Brian Croxall, *Twitter, Tumblr, and microblogging* in: Marie-Laure Ryan/Lori Emerson/Benjamin J. Robertson (Éd.), *The John Hopkins Guide to Digital Media*, Baltimore 2014, p. 492 ss, p. 492 ; Dhiraj Murthy, *Twitter – Social Communication in the Twitter Age*, Cambridge 2013, p. 1 s. ; Volz (n. 22), p. 205 s. [↑](#)
41. Volz (n. 22), p. 206. [↑](#)
42. Murthy (n. 40), p. 6. [↑](#)
43. Sur *Twitter*, mais ce procédé s'est répandu à d'autres réseaux sociaux, il est possible de catégoriser certaines thématiques en précédant une parole d'un « # » pour lui donner une certaine importance. Ce procédé permet de créer un lien de connexité entre deux publications qui ne l'étaient pas au début et de créer un fil d'actualité propre (Murthy (n. 40), p. 3 ; Croxall (n. 40), p. 494). [↑](#)
44. Arrêt du TF 5A_195/2016 du 4 juillet 2016, c. 5.3. Sur

ce point, le Tribunal fédéral mentionne que les utilisateurs de *Twitter* sont conscients que leurs publications peuvent très rapidement être répandues à travers le monde et devenir «virales». [↑](#)

45. L'arrêt présenté ici a été également commenté par Matthias Schwaibold, *Warum «Twitter» kein Medium im Sinne des Strafrechts* in : *sui-generis* 2017, p. 113 ss. [↑](#)

46. Arrêt n° GG150250 du 26 janvier 2016. Les parties à la procédure ont transigé lors de l'audience d'appel, si bien que toute la procédure a été rayée du rôle. [↑](#)

47. ATF 144 IV 64 c. 2.4. [↑](#)

48. Pluralisme pragmatique, *Methodenpluralismus*, cf. notamment : ATF 142 IV 389 c. 4.3.1 (alors que dans l'ATF 144 IV 64 c. 2.4, le Tribunal fédéral utilise l'expression «position pragmatique») ; Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer, *Le "pluralisme pragmatique" du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? (Réflexions sur l'ATF 123 III 292)* in : *AJP/PJA* 1999, p. 417 ss. [↑](#)

49. Arrêt n° GG150250 du 26 janvier 2016, c. 4.3.1. [↑](#)

50. ATF 105 Ib 49 c. 3b ; ATF 123 III 442 c. 2d. Cf. cependant l'ATF 142 III 695 c. 4.1.2 et l'ATF 144 III 54 c. 4.1.3.1. qui visent, au contraire, les «langues nationales». [↑](#)

51. Cf. ATF 145 I 108 c. 4.4.3. [↑](#)

52. ATF 136 IV 145. [↑](#)

53. Curieusement, la traduction anglaise de l'art. 28 al. 1 CP ne mentionne pas les «social media», mais des «medium» en général («If an offence is committed and completed through publication in a medium, then, subject

to the following provisions, only the author is liable to prosecution»). [↑](#)

54. Le Robert – Média, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/media>, dernier accès le 30 juin 2020. [↑](#)

55. Larousse – Média, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/média/>, dernier accès le 30 juin 2020. [↑](#)

56. Cf. Ch.II.1.A). [↑](#)

57. Arrêt n° GG150250 du 26 janvier 2016, c. 4.3.2 «Als die heutige Fassung von Art. 28 StGB entstand, hatte das Internet bei Weitem noch nicht die heutige Bedeutung. Twitter gab es noch nicht. Der historische Gesetzgeber hatte vor allem Radio und Fernsehen vor Augen, wollte aber eine Regelung schaffen, die alle Medien gleich behandelt. Die Botschaft des Bundesrates erwähnt das Internet denn auch in einem Atemzug mit in Vergessenheit geratenen Kommunikationsformen wie Teletext und Videotex (BBl 1996 IV 527). Der Gesetzgeber wählte das farblose, umfassende Wort "Medium", wo er auch hätte "Radio und Fernsehen" schreiben können. Die Entstehungsgeschichte der heutigen Fassung von Art. 28 StGB ist nicht ausschlaggebend, spricht aber eher dafür, Twitter als Medium zu behandeln». [↑](#)

58. ATF 83 I 173 c. 4. [↑](#)

59. FF 1996 IV 533. [↑](#)

60. FF 1996 IV 533 ch. 111 (p. 535) : «prodigieux développement, tant quantitatif que qualitatif, qu'ont connu ces dernières décennies les médias dits électroniques». [↑](#)

61. FF 1996 IV 533 ch. 111 (p. 535). [↑](#)

62. *Ibid.* [↑](#)

63. FF 1996 IV 533 ch. 211.11 (p. 558) : « Si l'article 27 CP ne concerne que la presse, c'est que cette norme a été créée à une époque où la télévision n'existait pas encore et où la radio n'en était qu'à ses débuts. Or, de nos jours, on ne saurait imaginer la vie quotidienne sans la radio, la télévision ou d'autres moyens de communication modernes, telles les messageries électroniques sur Internet (cf. supra ch. 111), auxquels s'ajoute la communication électronique de textes (p. ex. : télétexte, vidéotex). En reliant l'écran à une imprimante, on associe par ailleurs les deux types de médias ». [↑](#)

64. Arrêt n° GG150250 du 26 janvier 2016, c. 4.3.3 : *«Zugleich mit der Neuregelung der Mediendelikte hat das Parlament den Quellenschutz geregelt (heute: Art. 28a StGB und Art. 172 StPO). Auch um zu entscheiden, wie weit der Quellenschutz geht, hatte sich das Bundesgericht damit zu befassen, was ein Medium bzw. ein periodisch erscheinendes Medium ist: Die Taäterin nutzte die Kommentarfunktion auf der Website des Schweizer Fernsehens, um unter dem Pseudonym "Michael Schwizer" launige Kommentare abzugeben, die ein ehemaliger Arbeitskollege als Anspielung auf ihn erkannte und für ehrverletzend hielt. Das Bundesgericht stellte ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen Art. 28 StGB (Strafbarkeit von Veröffentlichungen) und Art. 28a StGB (Quellenschutz) her und schützte das Schweizer Fernsehen. Es hatte sich geweigert, den Namen der Bloggerin preiszugeben. Auch die Kommentarfunktion der Website des Schweizer Fernsehens sei ein Medium bzw. Teil eines Mediums (zum Ganzen: BGE 136 IV 145, E. 3.2 und 3.3, S. 149f.; Urteil Nr. GG110138-L des Bezirksgerichts Zürich vom 30. September 2011). Twitter und ein Blog auf einer Website sind vergleichbar. Der*

Begriff "Medium" in Art. 28 StGB und Art. 28a StGB/Art. 172 StPO ist einheitlich auszulegen. Das legt es nahe, Twitter genau so wie einen Blog auf der Website des Schweizer Fernsehens als Medium im Sinne von Art. 28 StGB zu behandeln.» [↑](#)

65. Cf. Ch.II.1.A). [↑](#)

66. FF 1996 IV 533 ch. 211.22 (p. 560). [↑](#)

67. Manuel Bianchi della Porta/Vincent Robert, *Responsabilité pénale de l'éditeur de médias en ligne participatifs. Comment se prémunir des contenus illicites «postés» par des tiers?* in : *Medialex 1/09*, p. 23. [↑](#)

68. Bianchi della Porta/Robert (n. 67), p. 23. [↑](#)

69. Cf. sur le sujet : Cerutti/Frattolillo (n. 13). [↑](#)

70. Bianchi della Porta/Robert (n. 67), p. 23 ; Equey (n. 26), p. 133. [↑](#)

71. FF 1996 IV 533 ch. 211.22 (p. 560). [↑](#)

72. ATF 128 IV 53 c. 5e. [↑](#)

73. Art. 322 al. 1 CP : «Les entreprises de médias sont tenues d'indiquer immédiatement et par écrit à toute personne qui le demande l'adresse du siège de l'entreprise et l'identité du responsable de la publication (art. 28, al. 2 et 3)». «*Medienunternehmen*» en allemand et «*imprese dei mezzi di comunicazione sociale*» en italien. [↑](#)

74. Art. 322 al. 2 CP : «Les journaux et les périodiques doivent en outre mentionner dans chaque édition l'adresse du siège de l'entreprise de médias, les participations importantes dans d'autres entreprises ainsi que le nom du rédacteur responsable. Lorsqu'un

rédacteur n'est responsable que d'une partie du journal ou du périodique, il sera désigné comme rédacteur responsable de cette partie. Un rédacteur responsable sera désigné pour chaque partie du journal ou du périodique». [↑](#)

75. « Celui qui est directement touché dans sa personnalité par la présentation que font des médias à caractère périodique, notamment la presse, la radio et la télévision, de faits qui le concernent, a le droit de répondre ». La version allemand utilise les mots *in periodisch erscheinenden Medien, insbesondere Presse, Radio und Fernsehen* », tandis que la teneur italienne emploie la formulation « *mezzi di comunicazione sociale di carattere periodico, quali la stampa, la radio e la televisione* ». Le tribunal zurichois a examiné les aspects de droit civil au c. 4.3.6. [↑](#)
76. FF 1982 II 661 ch. 11 (p. 663). [↑](#)
77. FF 1982 II 661 ch. 134 (p. 670) : « L'évolution sociale et technique qui s'est produite ces dernières années dans tout le secteur de l'information et des communications ». [↑](#)
78. FF 1982 II 661 ch. 134.21 (p. 672). [↑](#)
79. ATF 113 II 369 c. 3: « *Der Anspruch auf Gegendarstellung soll unter den gleichen Voraussetzungen gegenüber allen Medien Geltung haben, die Informationen verbreiten, unabhängig von der Technik der Verbreitung. Das Gegendarstellungsrecht soll unter diesen Voraussetzungen auch bei neuen Medienformen gegeben sein, welche sich in Zukunft neben Presse, Radio und Fernsehen entwickeln könnten* ». [↑](#)
80. ATF 114 II 388 c. 2. Cf. également : Handelsgericht du Canton de Zurich, arrêt n° HE180275-0 du 10 août 2018 c. 3.1 « *Den Medien muss es nämlich möglich sein, auch über*

kontroverse Themen und darin verstrickte Personen zu berichten. Diese Verantwortung obliegt den Medienunternehmen». [↑](#)

81. Art. 266 CPC : «Le tribunal ne peut ordonner de mesures provisionnelles contre un média à caractère périodique qu'aux conditions suivantes: a. l'atteinte est imminente et propre à causer un préjudice particulièrement grave; b. l'atteinte n'est manifestement pas justifiée; c. la mesure ne paraît pas disproportionnée». Cet article a repris l'art. 28c al. 3 aCC (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 : RO 2010 1739) : «Toutefois, le juge ne peut interdire ou faire cesser à titre provisionnel une atteinte portée par les médias à caractère périodique que si elle est propre à causer un préjudice particulièrement grave, si sa justification ne semble manifestement pas donnée et si la mesure ne paraît pas disproportionnée». [↑](#)
82. FF 1982 II 661 ch. 252.3 (p. 691). Le Conseil fédéral avait considéré, en 1982 et en s'appuyant sur deux auteurs de doctrine (Aubert et Barrelet), que le concept de «médias» aurait été trop large (note 79 à la p. 714). [↑](#)
83. FF 1982 II 661 ch. 252.3 (p. 691). [↑](#)
84. Cf. sur les rapports entre ces deux articles et les médias numériques : Cerutti/Frattolillo (n. 13). [↑](#)
85. Cf. ci-dessus Cf. Ch.II.1.A).et II.1.C). [↑](#)
86. Cerutti/Frattolillo (n. 13), p. 339. [↑](#)
87. Projet que le Conseil fédéral a abandonné le 28 août 2019 (*OFCOM – Le Conseil fédéral propose un paquet de mesures en faveur des médias*, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/informations-de-l-ofcom/communiqués-de-presse.msg->

[id-76208.html](#), dernier accès le 30 juin 2020). [↑]

88. Rapport explicatif destiné à la procédure de consultation de juin 2018, p. 12 (rapport accessible à l'adresse <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/consultations/consultation-sur-la-nouvelle-loi-sur-les-medias-electroniques.html>, dernier accès le 30 juin 2020). [↑]
89. Rapport (n. 88), p. 20. [↑]
90. *«Die deutliche Begrenzung des Personenkreises, der sich durch eine Veröffentlichung strafbar machen kann, dient dem freien Austausch der Meinungen, wie er auch durch die Bundesverfassung und die Europäische Menschen-rechtskonvention geschützt ist (Art. 16f. BV; Art. 10 EMRK). Dieser Regelungszweck spricht für den Einbezug von Twitter. Der Tweet, um den es hier geht, bezog sich auf politisch relevante Debatten. Sowohl die Hintergründe und Begleitumstände des Rücktritts eines Nationalbankpräsidenten, als auch die Frage, was ein Politiker mit der Domain adolf-hitler.ch zu tun hat, sind ein legitimer Gegenstand öffentlicher Diskussion. Selbstverständlich dient Twitter auch dem Austausch von Banalitäten, privatem Klatsch und Tratsch oder rein organisatorischer Informationen über Vereinsanlässe und dergleichen. Darauf ist Twitter aber nicht beschränkt. Zahlreiche Politiker, Unternehmen, Behörden, Parteien usw. nutzen Twitter, um sich Gehör zu verschaffen. Den überzeugendsten Beleg für die meinungsbildende Funktion von Twitter lieferten die Mächtigen der Volksrepublik China. Sie blockierten den Dienst einige Tage bevor sich die blutige Niederschlagung der Proteste auf dem Platz des Himmlischen Friedens zum zwanzigsten mal jährte. Twitter ist bis heute nur in Hong Kong und Macao problemlos zugänglich. Twitter dient dem freien Austausch von Informationen und Meinungen und ist*

deshalb ein Medium im Sinne von Art. 28 StGB». [↑](#)

91. Bianchi della Porta/Robert (n. 67), p. 22. [↑](#)
92. Cf. ATF 128 IV 53 c. 5e. [↑](#)
93. Cf. ainsi également Schwaibold (n. 45), p. 119 et 129 et Urs Saxer, *Medien- und Kommunikationsverfassung in : Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Éd.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse – Volume III: Organes constitutionnels, Procédure, Constitutions thématiques*, Zurich 2020, p. 2371 ss, p. 2380. [↑](#)
94. Pierre Mercklé, *Sociologie des réseaux sociaux*, 3^{ème} édition, Paris 2016. p. 78. [↑](#)
95. ATF 146 IV 23, c. 2.2.3. [↑](#)
96. Marcel Bernet, *Social Media in der Medienarbeit – Online-PR im Zeitalter von Google, Facebook und Co*, Wiesbaden 2010, p. 131. [↑](#)
97. Olga Goriunova/Chiara Bernardi, *Social Network Sites (SNSs)* in : Marie-Laure Ryan/Lori Emerson/Benjamin J. Robertson (Éd.), *The John Hopkins Guide to Digital Media*, Baltimore 2014, p. 455 ss, p. 455. Voir aussi ATF 146 IV 23, c. 2.2.3. [↑](#)
98. Bernet (n. 97), p. 131 ; *Medium – Reactions: Not everything in life is Likable*, <https://medium.com/facebook-design/reactions-not-everything-in-life-is-likable-5c403de72a3f>, dernier accès le 30 juin 2020. [↑](#)
99. ATF 146 IV 23, c. 2.2.3. [↑](#)
100. Markus Prazeller/David Hug, *Das Bundesgericht weitert die strafrechtliche Verantwortung im digitalen Raum erheblich aus*, medialex 02/2020, 4 mars 2020 ; Célian

Hirsch, *Un like peut-il être pénal*, LawInside du 18 avril 2020 ; Diego Langenegger, *Ehrverletzung durch Facebook-Likes*, ius.focus 2020/3, p. 77 ss ; Monika Simmler, *BGer 6B_1114/2018 : Üble Nachrede auf Facebook*, PJA 2020/5, p. 658 ss. [↑](#)

101. Arrêt du TF 6B_1114/2018 du 29 janvier 2020, c. 3 (non publié). [↑](#)
102. Arrêt du TF 5A_801/2018 du 30 avril 2019, état de fait A.b., A.c., A.d. et A.e. La recourante avait notamment rédigé plusieurs publications sur la page en critiquant l'association et traitant son président d'antisémite. [↑](#)
103. Arrêt du TF 5A_801/2018 du 30 avril 2019, c. 9.3.3. [↑](#)
104. Arrêt du TF 5A_801/2018 du 30 avril 2019, c. 9.3.1 et 9.3.2. [↑](#)
105. Arrêt du TF 5A_801/2018 du 30 avril 2019, c. 9.3.3. [↑](#)
106. *Ibid.* [↑](#)
107. Simon Roth, Nr. 26 Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, Urteil vom 26. Januar 2016 i.S. Hermann Lei gegen B. – GG150250 in : forumpoenale 5/2017, p. 290 ss, p. 290 ; Daniel A. Freitag, Straf- und Strafprozessrecht / Liken von rechtsextremen Inhalten auf Facebook in : Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Éd.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, APARIUZ – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, St-Gall 2019, p. 341 ss, p. 349. [↑](#)
108. Cf. Ch.II.2.B)f). [↑](#)
109. Du même avis, Volz (n. 22), p. 218 et Saxer (n. 93), p. 2380. Ne semblent pas du même avis, Equey (n. 26), p. 724 s., ; Stéphanie Musy, *La répression du discours de*

haine sur les réseaux sociaux in : SJ 2019 II, p. 1 ss, p. 14 ; Freitag (n. 107), p. 349. [↑](#)

110. Goriunova/Bernardi (n. 97), p. 455. [↑](#)

111. Le site pousse même ses usagers à s'inscrire avec leurs vrais noms et prénoms (Goriunova/Bernardi (n. 97), p. 455 s.). [↑](#)

112. Bernet (n. 97), p. 132. [↑](#)

113. Si un profil était accessible à tout un chacun, une analyse plus approfondie des autres conditions deviendrait à ce moment-là nécessaire. Dans le même sens, voir *Recommandation Rec(2011)7 sur une nouvelle conception des médias* (n. 20), Annexe ch. 46. [↑](#)

114. ATF 141 IV 215, c. 2.3.4 et 2.3.5. [↑](#)

115. ATF 141 IV 215, c. 2.3.4. [↑](#)

116. Arrêt du TF 5A_801/2018 du 30 avril 2019. [↑](#)

117. Nous nous permettons de le rappeler, il s'agit d'une condition nécessaire dans le cadre de l'art. 17 Cst., mais qui ne s'applique pas pour l'art. 28 CP. [↑](#)

118. Selon l'état de fait, l'évènement était organisé par les *Fanpages Swissveg* et *Veganmania Schweiz* (arrêt du TF 5A_801/2018 du 30 avril 2019, état de fait A.b.). [↑](#)

119. La jurisprudence imputant à un média le contenu d'un commentaire en ligne ne trouve donc ici pas application (ATF 136 IV 145, c. 3.4 ss ; CourEDH, arrêt *Delfi c. Estonie* [GC], du 16 juin 2015, § 159 ; arrêt *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu c. Hongrie* du 2 février 2016, § 91). [↑](#)

120. *Heyoblog – Social Media Marketing For Business – What is a Fan Page on Facebook ?*,

<https://blog.heyo.com/what-is-a-fan-page/>, dernier accès le 30 juin 2020. [↑](#)

121. Les autres conditions nous paraissent déjà remplies, étant donné que leurs publications peuvent généralement atteindre un nombre conséquent de personnes, que les personnes utilisant ces pages utilisent plusieurs niveaux de techniques pour faire passer leurs messages (utilisation d'un ordinateur, tablette ou téléphone mobile pour accéder au *World Wide Web* ou à une application mobile) et que de telles pages fonctionnent selon le principe de l'émetteur-récepteur. [↑](#)
122. Dans le but de permettre une certaine distinction entre différentes pages présentes sur le réseau social, *Facebook* a instauré un système de « vérification » des pages. De la sorte, les pages d'agences de presse ou les profils d'intérêt public peuvent obtenir un badge bleu de vérification, qui en attestent l'authenticité (*Facebook – Comment demander un badge de vérification bleu sur Facebook ?*, <https://www.facebook.com/help/1288173394636262>, dernier accès le 30 juin 2020). [↑](#)
123. Cf. ci-dessus la note 22 et les références citées. [↑](#)
124. Cf. Ch.II.2.B). [↑](#)