

Vergleichende Analyse der Presseratspraxis 2006 und 2007

Matthias Schwaibold

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Résumé: *A la suite de sa contribution parue en 2006, l'auteur présente les prises de position du Conseil suisse de la presse ayant un rapport avec le droit de la personnalité, publiées en 2006 et 2007. Se fondant sur la statistique de toutes les décisions de 2001 à 2007, l'auteur constate que les plaintes alléguant une violation de la sphère privée continuent à avoir un taux de succès plus élevé que les autres. Ensuite, l'auteur relate les réformes intervenues relatives aux «conclusions» et plaide pour une accélération de la procédure. Dans la partie principale, l'auteur fait une analyse critique de certaines prises de position, notamment celles au sujet de la publication de noms et d'indications permettant une identification. Dans ces domaines, la pratique du Conseil suisse de la presse ne semble pas toujours être conséquente et paraît plus sévère que celle des tribunaux.*

Der Beitrag schliesst an die in Medialex 4/2006, S. 178-190 veröffentlichte Untersuchung über die persönlichkeitsrechtlichen Stellungnahmen des Presserats aus den Jahren 2001 bis 2005 an. Nach einer Fortschreibung der wesentlichen statistischen Angaben (I.) folgt ein kurzer Hinweis auf Neuerungen in der Dispositiv-Formulierung (II.). Im kurzen Abschnitt III. äussere ich mich zur Verfahrensdauer, schliesslich werden im Hauptabschnitt (IV.) verschiedene Stellungnahmen aus den beiden Berichtsjahren herausgegriffen und insbesondere daraufhin untersucht, ob eine Beurteilung nach rechtlichen Kriterien zu ähnlichen oder abweichenden Ergebnissen geführt hätte.

I. Einige statistische Angaben

1. Geschäftslast

2006 und 2007 hat sich die Geschäftslast des Presserats mit 66 bzw. 63 Stellungnahmen wieder auf dem Niveau der Jahre 2002 bis 2004 eingependelt, nach einem kleinen «Zwischentief» im Jahre 2005 mit nur 51 Stellungnahmen. In bescheidenem Umfang greift der Presserat auch wieder selbst ein Thema auf, nachdem er 2004 und 2005 ganz darauf verzichtet hatte.

Schema 1 befindet sich auf Seite 114.

2. Erfolgsquote

Die Erfolgsquote der Beschwerden ist weiterhin eine eher schlechte: Das Jahr 2006 wies eine rekordverdächtige Misserfolgsquote von 66,6% auf, das heisst nur ein Drittel aller Beschwerdeführer war ganz oder wenigstens

teilweise erfolgreich. Im Jahre 2007 sah es für die Beschwerdeführer etwas besser aus, aber es wurden immer noch 54% der Beschwerden abgewiesen oder durch Nichteintreten erledigt. In den 7 Jahren der «Ära Studer» 2001-2007 lag also nur in zweien (2001 und 2005) die Erfolgsquote knapp über der 50%-Marke, in den 5 andern Jahren – zum Teil recht deutlich – darunter. Daraus lässt sich immerhin der Schluss ziehen: So schlecht ist es um die Einhaltung der ethischen Berufsregeln in der Praxis doch nicht bestellt, und man kann keineswegs sagen, wer Beschwerde führe, sei mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich: Das gilt nur für 187 der 429 Beschwerden im Siebenjahresvergleich.

Schema 2 befindet sich auf Seite 114.

3. Art der Erledigung

Die vollen Erfolge bleiben weiterhin die Ausnahme (13,6% im Jahre 2006 bzw. 12,7% im Jahre 2007) und gegenüber den Teilguthessungen (19,7% 2006 bzw. 33,3% 2007) in der Minderzahl. Nichteintretensentscheide erfolgen weiterhin selten, auch wenn das Jahr 2006 hier eine gewisse (nicht weiter) relevante Ausnahme im Sieben-Jahres-Überblick bildet (12%, dagegen wieder «normale» 4,8% im Jahr 2007). Wie in den Jahren zuvor bilden die Abweisungen die jeweils mit Abstand grösste Gruppe (54,5% für 2006, 49,2% für 2007).

Schema 3 befindet sich auf Seite 114.

4. Persönlichkeitsrechtliche Beschwerden

Als solche wurden für 2006 und 2007 nur noch die Beschwerden erfasst, die ausdrücklich eine Verletzung von Ziffer 7 Pressekodex oder einer der zugehörigen Richtlinien (7.1.–7.10) rügen.¹

¹ Insoweit ist das Kriterium formeller gefasst als in der eingangs erwähnten Untersuchung.

Schema 4 befindet sich auf Seite 114.

Von den je 31 persönlichkeitsrechtlich begründeten Beschwerden der Jahre 2006 und 2007 waren je 17 erfolglos; von den je 14 erfolgreichen wurden allerdings nur 9 (2006) bzw. 10 (2007) auch im persönlichkeitsrechtlichen Punkt gutgeheissen, 5 (2006) bzw. 4 (2007) wurden aus andern Gründen teilweise gutgeheissen. Rechnet man 9 resp. 10 auf 31, war die Erfolgsquote dieser Beschwerden mit 29% (2006) resp. 32,2% (2007) sogar schlechter als der jeweilige Gesamtdurchschnitt von 33,4% (2006) bzw. 46% (2007), betrachtet man nur das Ergebnis der Beschwerden überhaupt, so waren sie mit 45,1% (14/31) auch 2006 – wie in den Vorjahren – deutlich erfolgreicher als der Schnitt, im Jahre 2007 lag dieselbe Erfolgsquote dann allerdings nur noch knapp im Durchschnitt aller Beschwerden.

Rein statistisch scheint sich damit die Erfolgsquote dieser Beschwerden zu normalisieren. Im Gesamtüberblick der 7 Jahre der «Ära Studer» waren 130 von insgesamt 231 persönlichkeitsrechtlich begründeten Beschwerden, also 56,3% erfolgreich, während gemäss Schema 2 der Schnitt der erfolgreichen Beschwerden nur 43,6% war – in diesem Bereich können wir also Erfolgs- und Misserfolgsquote im Sieben-Jahres-Vergleich gerade umkehren.

II. Dispositivreform

Es ist ausserordentlich erfreulich, dass der Presserat sich im Verlaufe des Jahres 2006 und dann namentlich im Jahre 2007 dazu entschlossen hat, seine Dispositive zu verdeutlichen:² Es wird klarer als früher ge-

- 2 Es kann dahin gestellt bleiben, in wie weit dafür die entsprechende Anregung des Verf. anlässlich einer Aussprache mit dem Presseratsplenum im Herbst 2006 adäquat-kausal war.
- 3 In Stellungnahme 51/2007 fehlt dann allerdings in Dispositiv-Ziffer 2 wieder der Hinweis darauf, dass die Beschwerde auch bezüglich der Verletzung von Richtlinie 7.1. abgewiesen wurde.
- 4 Vgl. den Hinweis auf <http://www.presserat.ch/Documents/Vereinbarung08.pdf>, S. 4 Ziffer 13 der Vereinbarung vom 13. März 2008 betreffend Erweiterung der Trägerschaft der Stiftung Presserat.

sagt, in welchen Punkten eine Beschwerde gutgeheissen wird und in welchen nicht, so dass sich auch der Erfolg oder Misserfolg einer bestimmten Rüge dem Leser erschliesst. Normalerweise enthält nun die Ziffer 1 den Entscheid über Eintreten, Abweisung, teilweise Gutheissung oder Gutheissung, die Ziffer 2 der Beschwerde stellt dann ausdrücklich fest, dass eine Verletzung bestimmter Ziffern des Pressekodex und/oder einer Richtlinie vorliegt (oder eben nicht), in Folgeziffern wird allenfalls erklärt, wie es mit anderen Rügen steht. Bei mehreren Beschwerdeführern oder -gegnern sind die Dispositive entsprechend dem Ausgang weiter gegliedert, so dass ersichtlich ist, welche Beschwerde wem gegenüber welches Ergebnis zeitigt (instruktiv das Dispositiv in Stellungnahme 21/2007). Damit ist jetzt einigermaßen sichergestellt, dass über alle erhobenen Rügen auch ein ausdrücklicher Entscheid des Presserats vorliegt, während es in früheren Jahren gelegentlich Stellungnahmen gab, bei denen das Schicksal einzelner Rügen offen blieb.³ Es sind auch die Unschärfen zwischen Nichteintreten und Abweisung weitestgehend verschwunden, ebenso «wertende» Bemerkungen im Dispositiv.

III. Verfahrensdauer

Der Presserat hat die Frist für Beschwerden von ursprünglich einem Jahr per 1. Juni 2007 auf neu 6 Monate nach Verbreitung einer Meldung verkürzt; mit dem Beitritt der Verleger wurde nunmehr öffentlich verkündet, man denke an eine weitere Verkürzung auf 3 Monate.⁴ Allerdings wäre es dann auch nicht zu viel verlangt, wenn der Presserat seine – in aller Regel ja nur wenige Seiten umfassenden – Stellungnahmen etwas schneller fassen könnte: So nahm die Behandlung zweier verbundener Beschwerden gegen «BLICK» und «NZZ am Sonntag» 8 Monate in Anspruch (21/2007), der Stellungnahme 1/2007 gingen 10 Monate Behandlungsdauer voran, die Stellungnahme 14/2007 erging 10½ Monate nach der Beschwerde. Auch einfache Nichteintretentsentscheide brauchen manchmal mehr als 10 Monate (vgl. 1/2006), und wenn eine Beschwerdegutheissung mehr als 1 Jahr braucht (wie 3/2006), dann ist das auch unbefriedigend. Es wäre schön, wenn sich der Presserat zumindest im Grundsatz dazu verpflichten könnte, Beschwerden über

Zusammenfassung: Der Autor präsentiert im Anschluss an seinen Beitrag aus dem Jahr 2006 nunmehr die persönlichkeitsrechtlichen Stellungnahmen des Presserats aus den Jahren 2006 und 2007. Er schreibt zunächst die Statistik aller Entscheidungen seit 2001 bis 2007 fort. Daraus ergibt sich, dass Beschwerden, in welchen eine Verletzung der Privatsphäre behauptet wird, noch immer eine höhere Erfolgsquote als andere Beschwerden haben. Der Autor berichtet sodann über Neuerungen in der Fassung der Dispositive und plädiert für eine Verkürzung der Verfahrensdauer. Im Hauptteil werden ausgewählte Stellungnahmen zu persönlichkeitsrechtlichen Aspekten kritisch referiert, insbesondere die zur Namensnennung und zur Erkennbarkeit. Die Praxis des Presserats erscheint in diesen Bereichen nicht immer konsequent und strenger als die bei den Gerichten vorherrschenden Auffassungen.

wenig komplexe Vorgänge innerhalb von 6 Monaten nach Eingang zu erledigen.

IV. Persönlichkeitsrechtliche Stellungnahmen

In der Folge werden ausgewählte Stellungnahmen aus den Jahren 2006 und 2007 kommentiert und dabei dargelegt, in welchem Bereich vermutlich eine Abweichung der medienethischen Betrachtung von rechtlichen Beurteilungen besteht.

1. Die Fälle, in welchen ein identischer Sachverhalt tatsächlich zugleich vom Presserat und danach von einem Zivil- oder Strafgericht beurteilt wird, sind allerdings nach wie vor sehr selten. In allen mir bekannten Fällen wurde eine Verletzung der zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte von den Gerichten bejaht, nachdem schon der Presserat einen Verstoss gegen die einschlägige Ziffer 7 des Pressekodex festgestellt hatte. Erfreulicherweise lässt sich allerdings beobachten, dass der Presserat immer weniger bereit ist, Handlangerdienste für künftige zivil- und strafrechtliche Auseinandersetzungen zu leisten. So ist er in Stellungnahme 56/2006 auf eine Beschwerde mit folgender Begründung nicht eingetreten: «Aufgrund der dem Presserat eingereichten Vorkorrespondenz erscheint es jedoch als wahrscheinlich, dass weniger die Klärung offener berufsethischer Fragen als vielmehr die Durchsetzung der von ihr (= der Beschwerdeführerin) geltend gemachten Schadenersatzforderungen in sechsstelliger Höhe im Zentrum ihrer Bemühungen stehen dürfte.» In gleicher Weise hat der Presserat in Stellungnahme 46/2007 erwogen, dass angesichts einer hängigen Strafklage kein Interesse an einer berufsethischen Klärung der vom Beschwerdeführer gemachten Vorhaltungen bestehe. In 47/2007 hat er schliesslich aus der Ankündigung «mehrerer Gerichtsverfahren» geschlossen, dass kein eigenständiges Interesse an einer berufsethischen Klärung bestehe – was er aber richtigerweise für notwendig hält. Es ist zu begrüssen, wenn der Presserat diese konsequente Linie fortführt.

Er hat ebenfalls mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass die Beeinflussung eines Gerichts-

verfahrens durch seinen Entscheid bestehen kann, wenn auch schwer abzuschätzen sei (z.B. 47/2007). Dass eine medienethische Betrachtung eines Vorgangs nicht ohne Einfluss auf die Beurteilung durch staatliche Gerichte sein kann, zeigt exemplarisch der Entscheid Stoll des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Der Entscheid seiner Grossen Kammer zu Gunsten der Schweiz beruht argumentativ nicht unwesentlich auf den Überlegungen des Presserats.⁵

2. Ein sehr weites Verständnis für die Anliegen des investigativen Journalismus' zeigt der Presserat in der Stellungnahme 51/2007: In zwei Beiträgen der TV-Sendung «Kassensturz» kam die versteckte Kamera zum Einsatz. Es ging um Schönheitschirurgen, deren teilweise nicht ganz selbstloser Einsatz für noch mehr körperliche Attraktivität beim heimlich aufgenommenen Beratungsgespräch gezeigt wurde. Als Lockvogel – bzw. Beweis dafür, dass man auch operieren würde, wenn es nichts zu operieren gibt – diente «Miss Argovia», die genau deshalb ihren Titel wieder verlor; ihre körperliche Gestalt ist zwar nach landläufigen Kriterien in jeder Beziehung perfekt, nach Meinung einiger Herren der Schöpfung, die als plastische Chirurgen ihr Geld verdienen, hätte man aber der Natur selbst bei ihr immer noch ein wenig nachhelfen können. Diese Absurdität zu zeigen, war Hauptinhalt der Sendung und Grund für den Einsatz der versteckten Kamera bei den Schönheitsärzten. Gegen die erste der beiden Sendungen führte ein Berufskollege, dem der Kassensturz nicht die Ehre heimlicher Filmaufnahmen gemacht hatte, Beschwerde. Sein vordergründiger Einsatz für die Berufsethik der Fernsehjournalisten war erfolglos. In seiner Stellungnahme hat der Presserat vorbehaltlos und mit grosser Entschiedenheit festgehalten, der Einsatz einer versteckten Kamera sei richtig gewesen, die heimliche Recherche vom öffentlichen Interesse gedeckt. Seine Entscheidung betraf eine Sendung, die offenbar nicht Gegenstand von Zivil- und Strafverfahren geworden ist. Anders bei der Nachfolgesendung, bei welcher in gleicher Weise bei einem besonders bekannten Schönheitschirurgen vorgegangen wurde: Wegen dieser zweiten Sendung sind Prozesse hängig, Urteile stehen allerdings noch aus.

Im Bereich «versteckte Recherche» zeichnet sich jedenfalls eine interessante Abwei-

5 Vgl. dazu die (kritischen) Bemerkungen des Verf. in «forum poenale» 3/2008, S. 180-186.

chung zwischen rechtlicher und berufsethischer Beurteilung ab: Auf Grund eines Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich, das einen – allerdings geradezu harmlosen – früheren Fall von Einsatz der versteckten Kamera betraf, ist damit zu rechnen, dass die Strafgerichte die Dinge anders als der Presserat sehen. Das Obergericht hob nämlich einen erstinstanzlichen Freispruch vom Delikt des Art. 179^{quater} StGB auf und befand, es habe kein überwiegendes Informationsinteresse daran bestanden, einen Versicherungsvertreter ohne dessen Wissen bei seiner Beratungstätigkeit zu filmen. Es wäre sehr zu wünschen, dass das Bundesstrafgericht die Sache anders sieht und die viel zu hohen Anforderungen des Strafrechts an die Rechtfertigung des Einsatzes der versteckten Kamera bzw. das überwiegende Informationsinteresse mildert. Davon könnten dann eventuell dereinst auch die Kassensturz-Mitarbeiter profitieren, welche den Schönheitschirurgen heimlich gefilmt haben. Angesichts des jüngsten Urteils aus Strassburg zur Zulässigkeit der Verwendung von Polizeifunk-Aufnahmen in einer Radiosendung wird man sich aber nicht allzu grosse Hoffnungen machen dürfen.⁶ Medienethik und (Straf-)Recht werden in diesem Punkt vermutlich weiterhin zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen. Die Hürde, die der staatliche Richter an einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund für heimliche Bild- und Tonaufnahmen stellt, ist einstweilen sehr viel höher als beim Presserat.

3. Bezüglich identifizierender Berichterstattung ist der Presserat weiterhin von (viel zu) grosser Zurückhaltung. Ausserdem ist seine Spruchpraxis nicht besonders kohärent. In der Stellungnahme 4/2007 steht folgender Satz: «Gestützt auf Ziffer 7 der «Erklärung» (Respektierung der Privatsphäre) hat der Presserat in ständiger Praxis festgehalten, dass – vorbehaltlich von eng begrenzten Ausnahmen – nicht nur eine namentliche, sondern generell eine identifizierende Berichterstattung zu unterlassen ist.» Mit seinem derart allgemein formulierten Grundsatz setzt sich der Presserat grundsätzlich vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz ab, der zu Recht die blosser Namensnennung nicht für eine Persönlichkeitsverletzung hält, sondern darüber hinaus eine irgendwie geartete Herabset-

zung bzw. den Eingriff in die Intimsphäre verlangt.

3.1. Die Anwendung des verkündeten Grundsatzes erfolgte – keineswegs überzeugend – in Stellungnahme 10/2007: Die Aargauer Zeitung berichtete über den Vorstoss eines Altstadtbewohners zur Reduktion des Nachtlärms. Die Bürgermotion, wie sie genannt wird, beschäftigte immerhin den Einwohnerrat und den Stadtrat von Aarau. Dass neben seinem Namen auch noch die Wohnadresse des Motionärs genannt wurde, hielt der Betroffene in seiner Beschwerde – und diese gutheissend auch der Presserat – für eine Verletzung der Privatsphäre.

Ich halte das für einen Fehlentscheid: Wer als Bürger mit seinem Anliegen in zulässiger Weise die politischen Behörden befasst, muss sich (zivilrechtlich und medienethisch) gefallen lassen, dass er auch genannt wird, zumal wenn er vorher mit Leserbriefen an die Öffentlichkeit getreten ist und sich durch die positiven Reaktionen darauf zu seinen politischen Vorstössen ermutigt sah. Die Namensnennung ist denn auch nicht Beschwerdegegenstand, sondern nur die zusätzliche Angabe der Wohnadresse. Die ist m.E. aber wichtig, weil der Leser erst damit sieht, ob ein unmittelbar Betroffener handelt oder im Gegenteil ein in einem ruhigen Villenviertel ausserhalb der Altstadt lebender Einwohner sich für etwas einsetzt, was ihn eigentlich nicht betrifft. Zudem ist die Adresse nichts, das schwer herausfinden wäre, wenn man den Namen einmal hat. Es ist kaum anzunehmen, dass ein Zivilgericht, wäre es mit dem Fall befasst worden, in der Adressangabe eine Persönlichkeitsverletzung hätte finden können.

3.2. Die Stellungnahme des Presserats zum Schutz der Privatsphäre steht zwar in Einklang mit andern (z.B. 10/2006, 40/2007, 41/2007, 61/2007), aber – so scheint mir – in Widerspruch zu verschiedenen weiteren Stellungnahmen (11/2007, 19/2007, 56/2007 – dazu sogleich 3.3., 20/2007, 28/2007, 31/2007, 33/2007, 44/2007,

6 Vgl. den bedauerlichen Nichtzulassungs-Entscheid der 5. Kammer des EGMR i.S. Sascha Adamek gegen Deutschland vom 25. März 2008 (Fall 22107/05).

45/2007 – dazu 3.4.): Ich halte es – im Gegensatz zum Presserat und seiner Stellungnahme 40/2007 – für zulässig, die Namen der beschuldigten Serientäter zu nennen, die sich in öffentlicher Hauptverhandlung für 263 Einbruchsdelikte etc. zu verantworten hatten; auch zivilrechtlich wäre dies wohl (unter Beachtung der Unschuldsvermutung) zulässig; es ist nicht einzusehen, warum der Zeitungsleser nicht erfahren darf, was der Zuschauer im Gerichtssaal auch hört. Zurückhaltung verlangte der Presserat auch in einem andern Zusammenhang: Er hielt es für unzulässig, dass in einem Bericht über einen Streit zwischen Mietern und Vermietern die Beziehung zwischen der Hauseigentümerin und ihrem durchaus bekannten Anwalt samt dessen Namen offengelegt wurde (10/2006). Das würde ich – und wohl auch der Zivilrichter – anders sehen; dass allerdings die schreibende und kommentierende Journalistin ihrerseits mit dem Vater der Mieteranwältin verhandelt war – was eine abgelehnte Gegendarstellung des Vermieteranwalts offenzulegen trachtete –, macht den Fall geradezu amüsant. Schon eher vertretbar, aber nicht unbedingt zwingend die Zurückhaltung in Stellungnahme 41/2007, wonach es nicht angängig gewesen sei, den Namen eines im Welschland tödlich verunfallten Gemeindepolizisten in der Tessiner Lokalzeitung zu nennen. Richtigerweise hielt es der Presserat auch für unzulässig, in den Berichten um die heftigen Auseinandersetzungen zwischen einem Vater und seinem Sohn, der eine Geschlechtsumwandlung machte und danach als Frau politisch hervortreten versuchte, den Namen und die früheren lokalpolitischen Funktionen des Vaters zu nennen (61/2007).

3.3. Unvereinbar mit dem Grundsatz, keine Namen zu nennen, war indessen die Stellungnahme 11/2007: Der «Kleinreport» berichtete über den schnellen Abgang eines Redaktors bei einer Fernsehzeitung. Es nannte ihn mit vollem Namen und behauptete, man habe ihm «Illoyalität gegenüber der Chefredaktion» vorgehalten. Die Namensnennung sei, so der Presserat, nicht unzulässig gewesen, denn es habe ein «branchenbezogenes Interesse» bestanden, und der Journalist habe eine «Kaderfunktion» innegehabt. Das halte ich für falsch: Wer bei einer kleinen Redaktion

«Kader» ist oder nicht, darüber kann man zwar füglich streiten – aber der Betroffene war weder Chefredaktor noch Stellvertreter und hatte auch keine Untergebenen, kann also auch nicht «Kader» gewesen sein. Journalisten dürfen also, so der Schluss aus dem Schluss des Presserats, über ihresgleichen unter Namensnennung schreiben, wobei vergessen wurde, dass der Klein-Report als Internet-Medium vermutlich nicht allein von Journalisten gelesen wird. Unzulässig war es dagegen auch gemäss Presserat, über die angebliche Illoyalität ohne Rückfrage mit dem Betroffenen zu schreiben, weshalb die Beschwerde teilweise gutgeheissen wurde. Zivilrechtlich wäre wohl auch die Namensnennung unzulässig gewesen, weil es an jeder herausragenden Stellung des Betroffenen mangelt. Und die Frage, ob und warum ein Redaktor geht bzw. gegangen wird, mag zwar von Interesse sein, ist aber nicht von öffentlichem Interesse. Beim Chefredaktor einer grossen, überregionalen Zeitung ist das sicher anders, bei den definitionsgemäss inhaltlosen Programmzeitschriften kann aber über einen Wechsel in der Redaktion niemals in der Weise berichtet werden, wie es hier der Fall war.

Knapp auf der Grenze – gemessen an den eigenen Vorgaben des Presserats – war deshalb auch die Stellungnahme 19/2007: Ein höchst unfreundlicher Bericht über einen namentlich genannten politischen Aktivist (der allerdings objektiv von ziemlicher Bedeutungslosigkeit sein dürfte) stellt keine Verletzung seiner Privatsphäre dar. Deshalb war es auch zulässig, unter Namensnennung über einen verwahrten Straftäter zu berichten, der im Eigenverlag ein Buch erscheinen liess und in einem Verein als Sekretär eine bestimmte Rolle spielte (56/2007). Zivilrechtlich käme man in beiden Fällen vermutlich zum selben Ergebnis.

3.4. Ebenfalls für zulässig hielt der Presserat die Namensnennung, als es um den vermuteten Selbstmordversuch eines inhaftierten Schauspielers ging: Die Bekanntheit des Schauspielers habe erlaubt, darüber zu berichten (20/2007). Hier würde ein Zivilgericht vermutlich anders entscheiden: Sowohl die Tatsache der Inhaftierung wie des Selbstmordversuchs wird man als der Intimsphäre zugehörig betrachten. Die Berichterstattung wäre dann unzulässig, es sei denn,

der Schauspieler hätte sich tatsächlich zu seinem Selbstmordversuch in der U-Haft öffentlich geäußert. Nur für weltbekannte Spitzenschauspieler mag zivilrechtlich gelten, was der Presserat schon bei einem – wie mir scheint – nur mässig bekannten Filmschauspieler hat gelten lassen.

Zulässig war auch gemäss Presserat die Berichterstattung unter Namensnennung bezüglich des Ehemannes der früheren Ski-Spitzensportlerin Corinne Rey-Bellet: Er wurde mit Bild und Namen genannt und vorbehaltlos als «assassin» bezeichnet, als er noch auf der Flucht war, also bevor er tot aufgefunden wurde. Die Beschwerde des Genfer Generalprokurators, der darin nicht nur eine Verletzung der Unschuldsvermutung, sondern auch der Privatsphäre gesehen hatte, wurde ganz zu Recht abgewiesen. Angesichts des Umstands, dass drei Menschen starben und ein vierter schwer verletzt wurde, wäre kein Zivilgericht zu einem andern Schluss gekommen (28/2007). Warum der Presserat sich in diesem Zusammenhang allerdings dazu berufen fühlte, über die Begriffe «assassin» und «meutre» bzw. über die Auslegung von Art. 111 ff. StGB sich zu äussern, bleibt mir unverständlich: Die Fachsprache des Strafrechts hat meines Erachtens keine Verbindlichkeit für die Medienethik.

Zulässig war die Nennung des Familiennamens eines muslimischen Aktivisten in einem Meinungsforum, wenn es auch richtiger gewesen wäre, nur von den beiden betroffenen Brüdern und nicht generell von der Familie überhaupt zu sprechen (44/2007).

Klarerweise zulässig war die Namensnennung im Bericht über eine angehobene Strafuntersuchung, die Vorgänge bei einer städtischen Pensionskasse zum Inhalt hatte, weshalb ein früherer Stadtpräsident und amtierender Nationalrat in diesem Zusammenhang ausdrücklich erwähnt werden durfte, nachdem klaggestellt war, dass sich die Untersuchung nicht gegen ihn richte (31/2007).

Eher fraglich dann der mehr als kritische Bericht über Vorgänge bei privaten Pensionskassen und das Gebaren einiger Manager, bei dem vermutlich Betroffene mit Bild und Namen genannt wurden (ob es so

war, wird allerdings aus der Lektüre der Stellungnahme 33/2007 nicht restlos klar): Auch hier verneint der Presserat – wie mir scheint, in Widerspruch zu seiner sonstigen Praxis – eine Verletzung der Privatsphäre (33/2007).

Durchaus amüsant dann folgender Fall: Im höchst kritischen Bericht über eine angeblich potenzfördernde Wurzel wurde ein Werbeplakat für eben dieses Wundermittel abgebildet. Die Beschwerde der aus dem Plakat ersichtlichen Vertriebsfirma wurde abgewiesen, denn eine solche Publikation habe nichts mit der Privatsphäre derselben zu tun (45/2007). Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen, und kein Zivilgericht würde dies, so nehme ich an, anders sehen wollen.

3.5. Schliesslich ist der Presserat streng, wenn es um den Schutz eines Betroffenen vor sich selbst geht: Sechs Jugendliche gaben freimütig Auskunft über ihre Alkoholexzesse, standen mit Bild und Name zu ihren Aussagen. Die Beschwerde der Mutter eines der Jugendlichen wurde gutgeheissen: Man hätte nicht identifizierend berichten dürfen, sondern den Jugendlichen vor sich selbst schützen müssen. Zwar sei der 16jährige urteilsfähig, und deshalb sei auch nicht das Einverständnis der Eltern für das Interview erforderlich gewesen, bemerkt der Presserat zu Recht. Es ist aber, so scheint es mir, ein Widerspruch, die Urteilsfähigkeit für ein Zeitungsinterview zu bejahen, sie dem Jugendlichen aber zugleich abzuspochen, soweit es um die identifizierende Berichterstattung geht, in die er ja auch eingewilligt hat (9/2007). Der Entscheid liegt allerdings auf der gleichen Linie, in welcher eine erwachsene und anonym interviewte Person Angaben über eine seltene Krankheit machte, unter der sie litt, über ihren Wohnort und die Anzahl ihrer Kinder; damit sei ihr Mann erkennbar geworden, rügte der Presserat, wie ich finde, ganz zu Unrecht (36/2006). Beide Fälle hätte man zivilrechtlich sicher anders entscheiden müssen.

3.6. Insgesamt scheinen die nach den Worten des Presserats «eng begrenzten» Ausnahmen vom Verbot der Namensnennung doch nicht ganz so eng; eine kohärente Regel-Ausnahme-Praxis vermisse ich allerdings weiterhin.

4. Streng ist der Presserat allerdings auch dann, wenn es zwar nicht um Namensnennung, sondern um Angaben geht, die den Betroffenen identifizierbar erscheinen lassen.

4.1. Hier ging es wiederholt um die Opfer von Sexualdelikten, die zwar nicht namentlich genannt wurden, bei denen allerdings Angaben gemacht wurden, welche der Presserat – wie ich finde, durchgehend zu Unrecht – für identifizierend hielt: In einem Fall wurde das Hotel benannt und abgebildet, in dem das Opfer wohnte, und es wurde weiter gesagt, dass es drogenabhängig sei (3/2006). Im einem zweiten Fall wurden Alter, Nationalität und Schwerhörigkeit einer mehrfach missbrauchten Minderjährigen erwähnt sowie Alters- und Berufsangaben über den beschuldigten Stiefvater und einen zweiten Angeklagten gemacht (48/2007). In einem dritten Fall wurden die Nationalität von Vater und Mutter des Opfers genannt (52/2007). Man kann es in allen drei Fällen auch im Gegensatz zu mir für richtig halten, wenn der Presserat hier fehlende Zurückhaltung rügt.

4.2. Das gilt aber spätestens dann nicht mehr, wenn er statt der Opfer auch angeklagte Täter schützt: So wurde der mit dem Blankettnamen «Josef Schwindler» bezeichnete Hochstapler deshalb als erkennbar eingestuft, weil Firmenname und Standort einer von ihm gegründeten und später konkurs gegangenen Gesellschaft im Artikel vorkamen (39/2006).

Auf derselben Linie dann auch die Stellungnahme 21/2007, welche verschiedene Berichte über angebliche Delikte eines Verwarnten im Hafturlaub zum Inhalt hatten: Hier ergeht sich der Presserat in nicht immer ganz nachvollziehbaren Abgrenzungen zwischen Erkennbarkeit, Persönlichkeitsschutz, Recht auf Anhörung und Unschuldsumutung; der Beschwerdeführer unterliegt zwar weitgehend, aber nicht ganz, und der Presserat empfiehlt einmal mehr, nur noch Pseudonyme zu verwenden und nicht die richtigen Initialen.

Ich bin nach wie vor der Meinung, dass in solchen Fällen die zivilrechtlichen Kriterien gelten müssen: Es genügt nicht, wenn jemand sich selbst und nur seinem engsten sozialen Umfeld erkennbar ist. Die Erkennbarkeit muss, auch medienethisch betrach-

tet, für den Durchschnittsleser gegeben sein und sich ohne weiteren Rechercheaufwand aus der Publikation selbst ergeben, damit sie gerügt werden kann.

5. Zum Schluss ein Hinweis darauf, dass der Presserat vor lauter Persönlichkeitsschutz jeden Sinn für Humor verloren hat: Unter dem Titel «Im Bann der Nippelkönigin» schreibt ein Kolumnist über die – nicht namentlich genannte – Leiterin einer Lesung wie folgt: «Dieses Werk(...) schien es ihr sichtlich angetan zu haben, denn durch ihren Pullover zeichneten sich mit zunehmender Deutlichkeit ihre Nippel ab. (...) Mit jedem Satz wurden sie grösser und grösser, ab einem gewissen Punkt habe ich mich dann nicht mehr getraut hinzuschauen.» Sie seien ihm dann nicht mehr aus dem Kopf gegangen, und nach Rückkehr von einer Reise, so fuhr der Kolumnist in seiner Erzählung fort, hätte er darob «fiebrige Visionen von griechischen Nippelgöttinnen bekommen, die mit gigantischen Brüsten, sprudelnden Quellen von Weisheit und Wahrheit oder etwas in der Art ihn zerquetschen wollten.»

Der Presserat hielt das zwar nicht für Diskriminierung und befand, es würden dadurch Frauen nicht auf ein blosses Sexualobjekt reduziert. Aber, so sagt er weiter, der ungenannten Leiterin der Lesung werde sexuelle Erregung unterstellt, und damit werde in ihre Intimsphäre eingegriffen, und zwar ohne Zusammenhang mit der Lesung. Hier scheint mir der Presserat selbst in den Bann der Nippelgöttin geraten zu sein und deren übergrosse Brüste haben ihm den Blick auf das, was noch zu schützen ist, verstellt: Nämlich die Freiheit von Satire, Überzeichnung und literarischer Fantasie (2/2007). Gerade angesichts der mutigen Stellungnahme zu den Mohammed-Karikaturen (12/2006) ist solche Strenge befremdlich.

6. Befremdlich auch, dass allein schon ein zweiter Anruf auf das Handy einer Minderjährigen als Verletzung von deren Privatsphäre betrachtet wird, nachdem sie am Vortag keine Auskunft gegeben hatte (8/2007). Um einen medienethisch (und rechtlich) unzulässigen Eingriff darzustellen, hätte es wohl noch einiger Anrufe mehr bedurft, zumal das Mädchen den beschwerdegegenständlichen 2. Anruf nicht einmal mehr entgegengenommen hatte,

weil sie die Nummer der Radiostation wiedererkannte.

7. Insgesamt erweist sich der vom Presserat betriebene Schutz der Privatsphäre als weitgehend und nicht widerspruchsfrei. Zuzustimmen ist ihm namentlich dort, wo er – entgegen seinem Credo – dann doch schon relativ geringen Öffentlichkeitsbezug für eine Namensnennung genügen lässt, abzulehnen ist seine Strenge auch dort, wo die Betroffenen objektiv nur sich selbst erkennbar sind und dennoch als

dem Leser erkennbar erscheinen sollen. Gelegentlich lässt der Presserat einen Beschwerdeführer auf dem Umweg über Ziffer 3 Pressekodex (Anhörung bei schweren Vorwürfen) teilweise gewinnen, auch wenn er eine Verletzung von Ziffer 7 Pressekodex oder einer der Richtlinien 7.1.–7.10. nicht feststellt (so in 21/2007 oder in 11/2007). Womit also ein – durchaus spannendes – anderes Kapitel zu schreiben bleibt, nämlich die Frage von Anhörungsrecht und Persönlichkeitssphäre zu vertiefen. ■

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Schwaibold | Vergleichende Analyse der Presseratspraxis 2006 und 2007

Schema 1

Geschäftslast 2001-2007 (sämtliche Stellungnahmen, auch «Selbstaufgriffe»)

2001	54 ¹
2002	66 ²
2003	62 ³
2004	67
2005	51
2006	66 ⁴
2007	63 ⁵
Total	429

Schema 2

Erfolgsquote

	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	Durchschnitt 2001–2007
Erfolge	46%	33,4%	53%	37,3%	48,4%	39,4%	51,9%	43,6% (187/429)
Misserfolge	54%	66,6%	47%	62,7%	51,6%	60,6%	48,1%	56,4% (242/429)

Schema 3

Art der Erledigung in absoluten Zahlen

	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	Total 2001–2007
Nichteintreten	3	8	3	3	4	–	1	22 ⁶
Abweisung	31	36 ⁷	21	39	28	40	25	220
Teilgutheissung	21	13	14	19	16	15	18	116
Gutheissung	8 ⁸	9	13	6	14	11	10	71 ⁹
Total	63	66	51	67	62	66	54	429

Schema 4

Anteil persönlichkeitsrechtlicher Beschwerden

	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	Durchschnitt 2001–2007
in absoluten Zahlen	31	31	27	36	40	41	25	33 (231/7)
in Prozent	49,2	46,9	52,9	53,7	64,5	62,1	46,3	53,8 (231/429)

1 Vom Presserat selbst aufgegriffene Stellungnahmen 10/2001 und 36/2001.

2 Vom Presserat selbst aufgegriffene Stellungnahmen 60/2002 und 62/2002.

3 Vom Presserat selbst aufgegriffene Stellungnahmen 6/2003 und 28/2003.

4 Vom Presserat selbst aufgegriffene Stellungnahmen 12/2006 und 44/2006.

5 Vom Presserat selbst aufgegriffene Stellungnahme 1/2007

6 Die Stellungnahmen 22/2003, 36/2004, 19/2005 und 34/2005 lauten im Dispositiv, die Beschwerde werde «zurückgewiesen»; es hätte allerdings jedesmal ein Nichteintreten (so nämlich die jeweilige Begründung) erfolgen müssen; sie wurden daher hier als Nichteintretensentscheide gezählt.

7 Die Stellungnahmen / Selbstaufgriffe 12/2006 und 44/2006 werden als Abweisung gezählt.

8 Die Stellungnahme/Selbstaufgriff 1/2007 wird als Gutheissung gezählt

9 Die Stellungnahmen / Selbstaufgriffe 10/2001 und 36/2001, 60/2002 und 62/2002 sowie 6/2003 und 28/2003 werden hier als Gutheissung gezählt, woraus sich die leichte Abweichung zu meinen Zahlen für 2001, 2002 und 2003 in Medialex 2006, S. 189 ergibt.

Les services Internet et la responsabilité civile

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, Washington, DC

avec la collaboration de Virginie Sonney, Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

Quand un internaute diffuse un message diffamatoire sur un forum de discussion ou quand il copie et met à disposition d'autres internautes une œuvre protégée, il commet un acte illicite. En tant qu'auteur de l'information diffusée, il engage sa responsabilité civile selon les règles générales du droit commun ou du droit de la propriété intellectuelle; le fait qu'Internet soit en cause n'y change rien. La question qui s'est posée en revanche est celle de savoir si ces règles générales s'appliquent aussi aux fournisseurs de services et, en particulier, à ceux dont l'activité consiste à assurer la connexion à Internet ou à offrir de l'hébergement et à stocker l'information en question¹.

Tenant compte des spécificités d'Internet, les Etats-Unis et l'Union européenne ont mis en place des législations qui, à certaines conditions, exonèrent ces fournisseurs de toute responsabilité. Alors que d'aucuns réclament l'adoption de règles semblables en Suisse, le Conseil fédéral estime que celles-ci ne sont pas nécessaires. Nous verrons

comment ce dernier fonde son avis, mais nous soumettons d'emblée qu'il n'y a selon nous aucune raison valable pour que les fournisseurs de services Internet soient traités autrement en Suisse qu'ailleurs².

Laissant pour l'essentiel le droit pénal de côté, la présente contribution entend examiner si et à quelles conditions on peut envisager l'exonération civile des fournisseurs de services Internet. Après un rappel du rôle des fournisseurs de services Internet et de l'enjeu qui entoure la responsabilisation de ces derniers (I.), l'analyse portera sur la législation mise en place aux Etats-Unis et dans l'Union européenne (II.), puis sur celle qui pourrait l'être en Suisse (III.).

I. Le rôle des fournisseurs de services Internet et les enjeux de la responsabilité civile

Pour définir les enjeux entourant la responsabilisation des fournisseurs de services Internet (B.), on doit mettre en évidence le rôle de ces derniers et le distinguer de celui d'autres acteurs d'Internet (A.).

A. Le rôle des fournisseurs de services Internet et des autres intervenants

Divers acteurs interviennent sur Internet. Si une classification précise fait défaut, on peut cependant distinguer trois catégories: les fournisseurs de contenus (*Internet content provider*), les fournisseurs de services (*Internet service provider*) et les utilisateurs.

1. Les fournisseurs de contenus Internet (*Internet Content Provider*)

Les fournisseurs de contenus créent ou mettent en forme des données à l'attention

Zusammenfassung: Die Frage nach der Verantwortlichkeit von Internet Service Providern stellt sich bei uns wie anderswo. Der Beitrag analysiert die Regelungen in den Vereinigten Staaten und der Europäischen Union und kommt zum Schluss, dass – entgegen der Ansicht des Bundesrates – in der Schweiz spezielle Regeln eingeführt werden sollten. Es gibt keinen Grund, die Internet Service Provider anders zu stellen als im Ausland. Einmal mehr rechtfertigt sich hier kein Sonderweg Schweiz. Es ist empfehlenswert, die europäischen Regeln zu adaptieren und sich in der Verfahrensordnung von den amerikanischen Regeln inspirieren zu lassen, welche die EU-Direktive zum elektronischen Geschäftsverkehr vom 8. Juni 2000 nicht berücksichtigt.

1 A ce sujet, cf. J. BÉNÉDICT, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, in Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000, p. 11 ss; cf. ég. M. LAVANCHY, La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse, Neuchâtel 2002, disponible sous Droit & Nouvelles Technologies (<http://www.droit-technologie.org>), p. «<http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/91-1.pdf>».

2 P. GILLIÉRON, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, RDS 2002, p. 387 ss; cf. ég. D. ROSENTHAL, Internet-Provider-Haftung – Ein Sonderfall ?, in Peter Jung (éd.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Berne 2007, p. 147 ss; R. BRINER, Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, sic! 2006, p. 383 ss; CHARLES PONCET, L'intégration de l'Internet dans l'ordre juridique suisse, *medialex* 1997, 207 ss.

Résumé: La question de l'immunité ou de la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet se pose chez nous comme elle s'est posée ailleurs. La présente contribution analyse les solutions mises en place aux Etats-Unis et dans l'Union européenne et, contre l'avis du Conseil fédéral, défend le point de vue selon lequel il serait opportun que la Suisse se dote de règles spéciales en cette matière. Il n'y a aucune raison valable de traiter les fournisseurs de services ici autrement qu'à l'étranger. Une fois de plus, rien ne justifie que la Suisse fasse cavalier seul. Sur le fond, il est souhaitable d'adopter les règles européennes, tout en y ajoutant sur des points de procédure notamment des règles complémentaires d'inspiration américaine que la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique n'a pas reprises.

des utilisateurs d'Internet³. Parmi ces fournisseurs, il y a d'une part l'auteur, qui crée ou met à disposition sur Internet des informations sous la forme de textes, d'images, de sons ou de vidéos et, d'autre part, le *webmaster*, qui administre le site *web* et s'occupe des aspects techniques du site⁴. En tant que source de l'information, le fournisseur de contenus répond pleinement, selon le droit commun, des informations qu'il diffuse au moyen d'Internet.

2. Les fournisseurs de services Internet (Internet Service Provider)

Au sens large, le fournisseur de services Internet – et c'est lui que nous désignerons par la suite lorsque nous utiliserons le mot fournisseur sans autre précision – est toute personne qui offre à des clients des services en relation avec Internet⁵. Ces services sont de nature variée. Ils comprennent notamment l'accès à Internet, l'hébergement de sites, l'accès à des courriers électroniques, des forums de discussion ou des *mailing lists*⁶. A la différence des auteurs, les fournisseurs ne sont en principe

pas directement à l'origine de l'information diffusée. Ils ne sont que des intermédiaires, qui participent à la propagation de celle-ci.

Le *fournisseur d'accès (access provider)* est l'intermédiaire qui met à disposition de l'utilisateur un accès à Internet et contribue à la diffusion des données sur ce réseau⁷. Il permet ainsi à l'abonné de se connecter au réseau pour surfer sur Internet grâce à un modem et à un logiciel. Le *fournisseur d'hébergement (host provider)* est celui qui cède à l'éditeur de sites (fournisseur de contenus) un espace sur son serveur pour que ce dernier puisse y héberger son site et le rendre accessible aux utilisateurs⁸. A côté de ces deux fournisseurs, il existe encore d'autres fournisseurs de services. On distingue parmi eux les unités d'enregistrement, qui sont chargées d'autoriser les noms de domaine⁹, les moteurs de recherches, qui permettent aux usagers de trouver des informations sur Internet¹⁰, et les fournisseurs de liens hypertextes.

On notera qu'il est fréquent pour les fournisseurs de pratiquer simultanément plusieurs activités, par exemple en offrant un accès à leurs abonnés tout en donnant à ces derniers la possibilité d'héberger leur site. Une distinction claire entre les deux rôles n'est pas toujours aisée; elle est cependant décisive dans la mesure où la responsabilité du fournisseur varie en principe selon le type d'activité exercée¹¹.

3. Les utilisateurs de l'Internet

Les utilisateurs sont les personnes qui (ou internautes) naviguent sur Internet à la recherche d'informations. Ils peuvent devenir des fournisseurs de contenus, notamment lorsqu'ils émettent des données par l'intermédiaire de pages *web* ou de forums de discussion¹².

B. L'enjeu de la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet

1. Le rôle des fournisseurs de services et le choix de la sanction appropriée

Il résulte de ce qui précède que les fournisseurs de services Internet participent tous, d'une manière ou d'une autre, à la diffusion sur Internet d'une information postée par un fournisseur de contenus. Ils sont donc, on l'a dit, des intermédiaires, dès lors qu'ils

3 BÉNÉDICT (note 1), p. 15, qui parle cependant de fournisseurs d'informations.

4 LAVANCHY (note 1), p. 109 s.

5 P.-A. KILLIAS, La responsabilité civile des fournisseurs de services à l'exemple des fournisseurs d'accès et d'hébergement, Internet 2005, Lausanne 2005, p. 31 ss, p. 33.

6 GILLIÉRON (note 2), p. 388; KILLIAS (note 5), p. 33; BÉNÉDICT (note 1), p. 14 s.; cf. ég. R. H. WEBER, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zurich 2001, p. 350.

7 T. LEGLER, Le rôle des différents acteurs de l'Internet, Internet 2005, Lausanne 2005, p. 1 ss, p. 9; Y. RAVI, La responsabilité civile des acteurs d'Internet pour les contenus illicites, in Le droit des télécommunications en mutations, Fribourg 2001, p. 377 ss; LAVANCHY (note 1), p. 39; cf. art. 2 lit.a OSCPT (Ordonnance du 31 octobre 2001 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication), qui définit le fournisseur d'accès.

8 GILLIÉRON (note 2), p. 388; WEBER (note 6), p. 352 ss; RAVI (note 7), p. 378 s.

9 LEGLER (note 7), p. 27.

10 Par exemple Google ou Yahoo; au sujet de leur responsabilité, cf. R. H. WEBER, Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, Band 24, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 144 ss.

11 GILLIÉRON (note 2), p. 393; cf. ég. ROSENTHAL (note 2), n. 11; ROSA JULIA-BARCELÒ, On-line Intermediary Liability Issues, EIPR 2000, p. 105 ss, p. 108; RAVI (note 7), p. 380 s.

12 BÉNÉDICT (note 1), p. 15; LAVANCHY (note 1), p. 35.

se bornent à rendre une information accessible sans en être les auteurs. En cela, ces fournisseurs ressemblent à des libraires.

A défaut de règles spéciales, la sanction de l'activité des fournisseurs de services Internet sera celle qui résulte du droit commun. Selon les cas, cette sanction devrait découler des art. 28 ss CC ou des lois spéciales, comme celles protégeant les droits d'auteur. Pour justifier une action réparatrice, on pourrait même admettre que le défendeur est tenu de connaître le contenu des informations diffusées et qu'à défaut de procéder à des contrôles préventifs, il est en faute.

Force est cependant de reconnaître qu'on ne saurait imposer à ces intermédiaires de vérifier l'intégralité du contenu des innombrables informations diffusées sans mettre en péril l'existence même d'Internet. Afin d'éviter ce danger, tout en protégeant les intérêts de l'ensemble des personnes concernées, il paraît opportun de définir les conditions précises de la responsabilité des fournisseurs de services Internet.

2. Les approches des droits américain et européen

Soucieux de promouvoir un fonctionnement optimal d'Internet, les Etats-Unis ont été les premiers à se doter d'une législation en la matière. L'Union européenne a suivi quelques années plus tard. Aussi bien les uns que les autres ont décidé d'adopter des règles qui limitent ou excluent même dans certains cas la responsabilité des fournisseurs de services. Ils ont toutefois adopté des approches différentes.

Dans une approche dite verticale, les Etats-Unis ont mis en place un régime qui varie selon les biens en cause, en adoptant une loi générale (*Communications Decency Act*) et une loi spécifique relative à la protection des droits d'auteur (*Digital Millennium Copyright Act*). Dans une approche dite horizontale, l'Union européenne a, pour sa part, mis en place un régime pénal et civil qui s'applique à tous les domaines, sans distinction quant aux biens juridiques en cause¹³. Le point commun des deux approches repose au demeurant sur le fait qu'elles rejettent l'une comme l'autre l'imposition d'une obligation générale de surveillance à la charge des fournisseurs de services Internet.

II. Une comparaison entre le droit des Etats-Unis et le droit communautaire

Si le droit des Etats-Unis, comme celui de l'Union européenne, a consacré le principe de l'absence de responsabilité des fournisseurs, nous verrons toutefois que les conditions posées à cet effet ne sont pas les mêmes de part et d'autre. Pour apprécier les différences qui existent, nous présenterons successivement le droit des Etats-Unis (A.) et celui de l'Union européenne (B.); nous tenterons ensuite d'en apprécier les fondements (C.).

A. La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet aux Etats-Unis

A l'instar des autres pays, les Etats-Unis ont commencé par appréhender la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet à l'aide du droit commun. Les contradictions de la jurisprudence ont toutefois rapidement fait admettre le besoin d'adopter une législation fédérale. C'est ainsi que la section 230 du *Communications Decency Act*, qui immunise les intermédiaires de toute responsabilité, a vu le jour; le *Digital Millennium Copyright Act* est venu compléter le système en établissant des règles plus nuancées en matière de droit d'auteur.

1. Les propos diffamatoires

Avant l'adoption du *Communications Decency Act*, la jurisprudence avait sanctionné les fournisseurs de différentes façons.

a. La jurisprudence

En 1991, un litige opposa *Cubby, Inc.* au fournisseur *CompuServe, Inc.*¹⁴. Ce dernier

13 COM (1998) 586 final, p. 28, STROWEL/IDE/VERHOESTRAETE, La directive du 8 juin sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet, Journal des tribunaux, n° 6000 du 17 février 2001, éditions Larcier, Bruxelles, disponible sous Droit & Nouvelles Technologies (<http://www.droit-technologie.org>), p. «<http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/40-1.pdf>», p. 141; E. MONTERO, Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Bruxelles, 2001, p. 276 s.; L. H. HOLMES, Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service Providers' Liability for Third Party Content and Copyright Infringement, 7 Roger Williams U. L. Rev. p. 215 ss (2001).

14 *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

proposait plusieurs services, dont un forum journalistique en ligne, modéré et contrôlé par une société indépendante, la *Cameron Communications Inc.* Suite à la publication sur ce forum de propos diffamatoires à l'encontre de *Cuby*, ce dernier introduisit une action en réparation contre *CompuServe*. Le tribunal rejeta la demande au motif que *CompuServe* n'exerçait pas, sur le forum, de contrôle éditorial (*publisher*), sa situation étant plutôt comparable à celle d'un distributeur (*distributor*)¹⁵. Cet arrêt étendit ainsi aux fournisseurs de services la garantie du premier amendement de la Constitution américaine dont bénéficiaient déjà d'autres formes de journalisme.

En 1995, l'issue du litige entre la société *Stratton Oakmont, Inc.* et le fournisseur *Prodigy Services Co.* vint perturber le régime établi dans l'affaire précédente¹⁶. *Prodigy* dirigeait un forum de discussion en ligne dénommé «Money Talk», dans lequel un internaute avait publié un message accusant la société *Stratton* d'être impliquée dans une affaire de fraude. A la demande de cette dernière, le tribunal admit la responsabilité du fournisseur de services en se fondant sur le fait que ce dernier indiquait dans ses conditions générales qu'il effectuait un contrôle des messages diffusés. Les juges estimèrent que ce contrôle mettait le fournisseur sur un pied d'égalité avec un éditeur (*publisher*), appelé à répondre des propos qu'il diffuse en raison du contrôle préalable qu'il opère¹⁷.

Avec cet arrêt, on admit que le fournisseur qui opère un contrôle des informations dif-

fusées dans le but de déceler et de supprimer des contenus offensants risque d'engager sa responsabilité en tant qu'éditeur lorsqu'il ne le fait pas correctement. On retint dans le même temps que le fournisseur qui choisit au contraire de s'abstenir de tout contrôle préventif est protégé, dès lors qu'il bénéficie du régime moins sévère applicable aux distributeurs¹⁸. Encourageant les fournisseurs à rester passifs pour échapper à la responsabilité de l'éditeur, l'arrêt ne manqua pas de susciter des critiques. Le Congrès américain y fut sensible et il en tint compte lors de l'adoption du *Communications Decency Act*¹⁹.

b. Le Communications Decency Act (CDA)

Adopté le 8 février 1996, le *Communications Decency Act*, partie intégrante du *Telecommunications Act*, fut la première loi dans le monde à traiter de la responsabilité délictuelle en relation avec Internet. Son but était de protéger les mineurs en posant des règles relatives aux informations indécentes (*offensive material*)²⁰ sur Internet. En réalité, pour ce qui est de la responsabilité des fournisseurs de services Internet, son champ d'application est plus large²¹ et seuls les domaines expressément énumérés en sont exclus²².

Le § 230 (c) CDA traite spécifiquement de la responsabilité des fournisseurs de services Internet. Selon cette disposition, un fournisseur ne peut pas être considéré comme l'éditeur des informations procurées par un tiers. Cette règle crée ainsi une immunité pour les intermédiaires et les exonère de toute responsabilité pour la diffusion de contenus illicites émanant d'autrui. Le législateur a également voulu encourager le contrôle éditorial (*self-monitoring*); le § 230 (c) (2) CDA prévoit à cet effet qu'un fournisseur ne peut être tenu pour responsable lorsqu'il a de bonne foi restreint l'accès à un contenu qu'il considérait comme offensant. La loi incite ainsi les intermédiaires à jouer un rôle de «bon samaritain» (§ 230 (c) (1) CDA) et à supprimer une information qu'ils jugent illicite, tout en protégeant avec l'exonération prévue le développement continu d'Internet et le marché qui y est lié.

La jurisprudence a donné au § 230 (c) CDA une interprétation large. Elle a ainsi retenu

- 15 GILLIERON (note 2), p. 393 s.; BENEDICT (note 1), p. 17.
- 16 *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs., Co.*, 23 Media Law Report 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995).
- 17 GILLIÉRON (note 2), p. 394; BÉNÉDICT (note 1), p. 17 ss; cf. ég. B. HOLZNAGEL, Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany, in CHRISTOPH ENGEL/KENNETH KELLER (éds.), Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values, Baden-Baden 2000, p. 9 ss, disponible sous http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/holznag.pdf, p. 26 s.
- 18 S. B. BOEHM, A Brave New World of Free Speech: Should interactive Computer Service Providers Be Held Liable for the Material They Disseminate?, 5 RICH. J.L. & TECH. 7, (Winter 1998), disponible sous <http://law.richmond.edu/JOLT/v5i2/boehm.html>, p. 4.
- 19 GILLIÉRON (note 2), p. 394; BÉNÉDICT (note 1), p. 17 ss; HOLZNAGEL (note 17), p. 27 s.
- 20 Sur la définition du *offensive material*, cf. § 230 (c) (2).
- 21 Pour son application à une fausse information boursière, cf. LAVANCHY (note 1), p. 26 s.
- 22 Cf. § 230 (e) CDA.

que les fournisseurs doivent échapper à toute responsabilité, non seulement pour le retrait d'informations, mais aussi pour la publication de celles-ci, et cela même lorsqu'ils en connaissent le caractère illicite. En créant ainsi cette immunité complète, la jurisprudence a voulu éviter que les fournisseurs soient incités à supprimer toute information douteuse à la moindre requête et qu'ils mettent ainsi en danger la liberté d'expression et le flux des informations²³: les fournisseurs sont dès lors immunisés même lorsqu'ils ne pratiquent pas le contrôle que le législateur entendait pour tant promouvoir²⁴.

2. Le domaine des droits d'auteur

Exclus du champ d'application du CDA, les droits d'auteur ont aussi suscité des procès contre certains fournisseurs de services Internet. La jurisprudence a ainsi pu se développer avant que n'intervienne le législateur fédéral.

a. La jurisprudence

L'une des premières affaires opposa *Playboy Entreprises Inc.* à *Frena* en 1993²⁵. En sa qualité d'exploitant de site, *Frena* avait mis à disposition des usagers un forum où ceux-ci pouvaient charger et télécharger eux-mêmes des photographies publiées dans le magazine *Playboy*. Suite à une action en justice de *Playboy*, le tribunal condamna *Frena* alors même que celui-ci n'était pas à l'origine de ces images et qu'il les avait retirées aussitôt après avoir été informé de leur publication. Le tribunal considéra que l'intention n'était pas nécessaire pour pouvoir retenir la violation de droits d'auteur²⁶. Plus tard, en 1995, un litige opposa *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*²⁷. Dans cette affaire, un ancien membre de l'Eglise de scientologie avait publié, sur un *bulletin board service* dont l'accès était fourni par la défenderesse, des passages d'œuvres protégées de la demanderesse. A la différence de la solution adoptée dans l'affaire *Playboy* en 1993, le tribunal saisi libéra cette fois la défenderesse de sa responsabilité. Il se fonda sur le fait que la reproduction des informations sur les ordinateurs de cette dernière avait eu lieu selon un procédé automatique et qu'il n'était pas établi que la défenderesse connaissait ou aurait dû connaître

la violation alléguée. Plusieurs arrêts ont par la suite confirmé cette manière de voir²⁸.

b. Le Digital Millenium Copyright Act (DMCA)

Le 28 octobre 1998, le Congrès adopta le *Digital Millenium Copyright Act*. Cette loi contient des règles relatives à la responsabilité des fournisseurs de services Internet dans le domaine des droits d'auteur (*copyright infringement*)²⁹ et tempère à certains égards le régime général d'immunité instauré par le CDA³⁰.

(1) Une exonération de principe

Fondé sur l'idée que les fournisseurs de services Internet ne sont pas tenus d'exercer une surveillance des informations dont ils assurent la diffusion (§ 512m DMCA), le régime mis en place consiste pour l'essentiel à définir les conditions auxquelles ces derniers peuvent échapper à leur responsabilité lorsque l'information dont ils assurent la diffusion est contraire aux droits d'auteur d'une personne. Le DMCA ne définit pas les règles de responsabilité, laquelle reste soumise au droit commun applicable en matière de violation de droits d'auteur³¹. Il se borne ainsi à mettre en place une sorte de filtre (*safe harbour*) en amont de ce droit³².

Comme on l'a indiqué plus haut, le DMCA distingue le régime d'exonération en fonc-

- 23 *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), où le demandeur a ouvert action pour faire sanctionner des propos diffamatoires tenus sur un forum de discussion administré par AOL.
- 24 A ce sujet, cf. B. FRYDMAN/I. RORIVE, *Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA*, disponible sous http://www.hrni.org/files/articles/HRNi_EN_166.pdf, p. 51 et les réf. citées; cf. ég. HOLMES (note 13), p. 224 s.
- 25 *Playboy Entreprises Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).
- 26 A ce sujet, cf. BÉNÉDICT (note 1), p. 22; GILLIÉRON (note 2), p. 396.
- 27 *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).
- 28 GILLIÉRON (note 2), p. 396 ss; BÉNÉDICT (note 1), p. 22.
- 29 Cf. § 512 DMCA («Limitations on liability relating to material on-line»).
- 30 FRYDMAN/RORIVE (note 24), p. 51.
- 31 V. SÉDALLIAN, *La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique, janvier 1999*, disponible sous [Juriscom.net](http://www.juriscom.net): droit des technologies de l'information (<http://www.juriscom.net>), p. «<http://www.juriscom.net/pro/1/resp19990101.htm>», p. 2 ss; cf. ég. GILLIÉRON (note 2), p. 400 ss.
- 32 LAVANCHY (note 1), p. 28.

tion des diverses activités des fournisseurs. Ainsi, lorsque le fournisseur se borne à rendre l'information accessible (*mere conduit*) sans sélectionner les données ni les destinataires, il n'encourt aucune responsabilité (§ 512a DMCA)³³. Il y a également exonération lorsque le fournisseur effectue des sauvegardes temporaires (*caching*)³⁴, mais à condition qu'il respecte un certain nombre d'obligations (§ 512b DMCA)³⁵. La situation est en revanche différente lorsque le fournisseur offre de l'hébergement (*hosting*): en effet dans ce cas, le fournisseur, qui a effectivement connaissance du fait que l'information diffusée lèse les droits de tiers (§ 512c DMCA), ne peut échapper à sa responsabilité que s'il respecte une procédure de notification et de retrait et au besoin une procédure de contre-notification et de remise en ligne³⁶; nous allons y revenir. A noter que des règles similaires sont prévues lorsque le fournisseur offre des moteurs de recherches et des liens hypertextes (*location tools*)³⁷.

(2) La procédure de *notice and take down*

Il ressort de ce qui précède que le fournisseur qui offre de l'hébergement peut engager sa responsabilité lorsqu'il a effectivement connaissance (*actual knowledge*) du contenu illicite de l'information qu'il diffuse. Afin de déterminer quand cette connaissance est opposable au fournisseur et de définir le comportement que ce dernier doit adopter en conséquence, le droit américain

a mis en place une procédure de *notice and take down* (§ 512c ch.3 DMCA) et de *counter notice and put back* (§ 512g DMCA).

Cette procédure détermine en particulier les exigences formelles que doit remplir la notification faite à un fournisseur d'hébergement par la personne qui se prétend lésée dans ses droits. Ainsi, la notification doit notamment indiquer les coordonnées du plaignant, désigner clairement le contenu litigieux et contenir une déclaration de bonne foi. A réception de la notification, le fournisseur de services doit supprimer ou empêcher l'accès à l'information prétendument illicite et en aviser celui qui a mis celle-ci en ligne. Ce dernier peut à son tour répondre par une procédure de contre-notification. Dès réception, le fournisseur de services doit en informer le plaignant. Si ce dernier n'ouvre pas action en justice contre celui qui est à l'origine de l'information dans un délai de 10 à 14 jours, le fournisseur de services doit remettre celle-ci en ligne. On notera que ce système est complété par des sanctions civiles à l'égard de celui qui, consciemment, aura fait une fausse notification ou contre-notification³⁸.

Cette procédure semble ainsi assurer un équilibre entre les droits des parties: elle protège les intérêts du titulaire de droits d'auteur d'une part tout en ménageant la liberté d'expression de l'éditeur du site d'autre part. Le comportement attendu de la part du fournisseur d'hébergement est décrit de manière précise de sorte que celui-ci n'encourra aucune responsabilité s'il respecte la procédure indiquée³⁹.

B. Le droit communautaire

Afin d'assurer le bon fonctionnement du commerce électronique dans le Marché intérieur et de réduire les disparités juridiques existant entre les Etats Membres, l'Union européenne a adopté la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique⁴⁰. C'est dans ce texte que se trouvent les règles relatives à la responsabilité des fournisseurs de services Internet (cf. art. 12 ss de la directive).

1. Le système

Dans la directive précitée, le législateur européen s'est largement inspiré du régime établi par le DMCA. Toutefois, à la différen-

33 BÉNÉDICT (note 1), p. 23; SÉDALLIAN (note 31), p. 2; GILLIÉRON (note 2), p. 401.
34 Pour plus de détails, cf. SÉDALLIAN (note 31), p. 2 s.
35 SÉDALLIAN (note 31), p. 3; BÉNÉDICT (note 1), p. 24.
36 GILLIÉRON (note 2), p. 402; SÉDALLIAN (note 31), p. 3 s.; BÉNÉDICT (note 1), p. 24.
37 BÉNÉDICT (note 1), p. 25.
38 GILLIÉRON (note 3), p. 402; R. JULIÀ-BARCELÒ, *Intermediary liability in the E-Commerce Directive*, Computer Law & Security Report, Vol. 16 n°4 2000, p. 231 ss, p. 235; LAVANCHY (n. 1), p. 72 s.; pour les instructions de Google quant à la notification, cf. http://www.google.fr/adsense_dmca.html.
39 LAVANCHY (note 1), p. 73;
40 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»); JO 2000 L 178. Cette directive est complétée par la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information; JO 2001 L 167, 10.

ce de celui-ci, la directive ne se limite pas au domaine des droits d'auteur; elle s'applique sans égard au bien juridique en cause.

A l'instar du DMCA, les art. 12 ss de la directive prévoient un régime d'exonération des fournisseurs, mais pour trois types de services seulement: le simple transport, le cache et l'hébergement⁴¹. Comme la législation américaine, la directive part de l'idée que les fournisseurs ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveillance des informations dont ils assurent la diffusion et elle pose les conditions qui permettent à ces derniers d'échapper à toute responsabilité; nous y reviendrons et nous verrons qu'à la différence du droit américain toutefois, la directive n'a pas repris la procédure de *notice and take down* (*infra* II.4). Par ailleurs, elle n'a pas non plus défini les conditions de la responsabilité des fournisseurs, lesquelles demeurent de la compétence des Etats membres. A cet égard, on peut dire qu'à l'image du DMCA, la directive se contente de mettre en place un filtre en amont des règles nationales de responsabilité⁴².

On notera qu'ainsi conçue, la directive européenne adopte des règles d'harmonisation tout en favorisant l'auto-réglementation. Elle laisse en effet une large liberté aux Etats membres: ceux-ci peuvent concrétiser les règles prévues dans la directive ou se contenter de reprendre celles-ci en laissant agir les acteurs privés⁴³. Transposant correctement mais littéralement la directive, les Etats membres se sont le plus souvent contentés de la seconde solution et n'ont de ce fait pas apporté de réponse légale aux questions laissées indécises dans la directive⁴⁴.

2. L'interdiction de prévoir une obligation générale de surveillance

Comme au § 512m DMCA, l'art. 15 de la directive prévoit que les Etats membres ne doivent pas imposer aux fournisseurs «une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites». Compte tenu du nombre d'informations circulant sur Internet, ce régime se conçoit aisément; admettre le contraire entraînerait un renchérissement excessif des services Internet⁴⁵. En outre, si des possibilités de filtrage exist-

tent, elles ne permettent apparemment pas d'aboutir à un résultat satisfaisant: elles laissent en effet de côté certains contenus illicites (*under-inclusive*) et en incluent d'autres qui ne le sont pas (*over-inclusive*), comportant ainsi le risque d'une restriction inadmissible de la liberté d'expression⁴⁶.

En dispensant les intermédiaires d'une obligation générale de surveillance, la directive permet donc, en adéquation avec la réalité d'Internet, d'éviter que les fournisseurs ne soient amenés à procéder à des contrôles préventifs de la licéité des informations diffusées, avec le risque d'une censure privée contraire aux libertés reconnues⁴⁷. On notera cependant que selon le considérant 47, l'interdiction pour les Etats membres d'imposer aux fournisseurs une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicable à un cas spécifique⁴⁸. De plus, selon l'art. 15 al. 2 de la directive, les Etats membres peuvent imposer un devoir d'information et une obligation de collaboration aux fournisseurs lorsque ceux-ci ont connaissance d'activités ou d'informations illicites alléguées⁴⁹.

3. Le régime d'exonération des fournisseurs de services Internet

Comme dans le DMCA, le régime d'exonération varie selon l'activité du fournisseur de services Internet. Lorsque, de manière

41 La directive ne traite pas - à tort - des activités liées aux moteurs de recherches et aux liens hypertextes; à ce sujet, cf. MONTERO (note 13), p. 275 s.; BENEDICT (note 1), p. 28 ss; SÉDALLIAN (note 31), p. 5 et p. 7.

42 GILLIÉRON (note 2), p. 410; LAVANCHY (note 1), p. 28; SÉDALLIAN (note 31), p. 5; COM (1998) 586 final, p. 28.

43 STROWEL/IDE/VERHOESTRAETE (note 13), p. 133; LAVANCHY (note 1), p. 29; COM (1998) 586 final, p. 30; COM (2003) 702 final, p. 16.

44 COM (2003) 702 final, p. 13 ss.

45 COM (2003) 702 final, p. 15.

46 JULIÀ-BARCELÒ (note 11), p. 111; cf. ég. S. HEIKKINEN, On the Service Provider Liability for Illegal Content, article in T-110.501 Seminar on Network Security 2001 ISBN 951-22-5807-2 (2001), disponible sous «www.tml.tkk.fi/Studies/T-110.501/2001/papers/sanna.heikkinen.pdf», p. 8.

47 STROWEL/IDE/VERHOESTRAETE (note 13), p. 142; MONTERO (note 13), p. 277.

48 Sur l'interprétation restrictive qu'appellent les considérants 47 et 48, cf. MONTERO (note 13), p. 284 et p. 289 s.; sur l'art. 3 de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1), cf. LAVANCHY (note 1), p. 51.

49 MONTERO (note 13), p. 280 ss.

automatisée et sans aucun contrôle sur l'information (cf. cons. 42 de la directive), le fournisseur agit comme simple transporteur d'informations fournies par des tiers ou qu'il se contente de procurer un accès au réseau, il n'encourt en principe aucune responsabilité (art. 12 de la directive). Il en va en principe de même lorsque le fournisseur se livre à du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information (*caching*), mais à la condition qu'il agisse dans le respect de conditions, analogues à celles du § 512b DMCA (art. 13 de la directive)⁵⁰. Par ailleurs, lorsque le fournisseur offre de l'hébergement, il échappe à toute responsabilité, mais pour autant qu'il n'ait pas connaissance du caractère illicite de l'information dont il assure la diffusion (art. 14 de la directive); dès qu'il acquiert cette connaissance, son exonération dépend du fait qu'il rende promptement l'accès de l'information impossible. La directive distingue ici la responsabilité civile de la responsabilité pénale. Pour ce qui est de cette dernière, le fournisseur doit avoir «effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite» (connaissance effective). Pour ce qui est de la première, la «connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente» suffit (connaissance circonstanciée)⁵¹. A noter cependant que pour les trois activités, la directive réserve la possibilité d'actions en cessation et en prévention de l'atteinte, en application des législations des Etats membres (cf. cons 46 de la directive).

4. Le problème de la connaissance ou la censure de la liberté d'expression par les fournisseurs

Il ressort de ce qui précède que lorsque le fournisseur d'hébergement a connaissance

d'une information illicite, la directive lui impose le devoir de retirer ou de bloquer l'accès à cette information. A sa façon, la directive entend instaurer un équilibre entre l'intérêt du fournisseur à pouvoir effectuer son travail sans encourir une responsabilité démesurée pour les contenus dont il n'est pas l'auteur et l'intérêt des tiers lésés à limiter leur dommage suite à des violations de leurs droits, tout en respectant la liberté d'expression des fournisseurs de contenus⁵². Cependant, à la différence du droit américain et de sa procédure de *notice and take down*, la directive ne précise pas à partir de quand et selon quelles modalités on peut imputer cette connaissance au fournisseur.

Dès lors que la plupart des Etats membres n'ont pas non plus traité de cette question⁵³, c'est à chaque fournisseur qu'il revient de définir ces conditions et de déterminer à partir de quel moment ils ont un devoir d'agir. En érigeant ainsi le fournisseur en juge, on confie à ce dernier une tâche qui n'est pas la sienne et pour laquelle il ne possède pas les compétences requises⁵⁴. Le système peut entraîner de lourdes conséquences. En effet, celui qui bloque un contenu présumé illicite risque de voir sa responsabilité engagée à l'égard du fournisseur de contenus si l'information se révèle en définitive licite. A l'inverse, celui qui s'abstient de bloquer le contenu incriminé engagera sa responsabilité civile à l'égard de la personne lésée si l'information se révèle effectivement illicite⁵⁵.

En l'absence d'un devoir général de surveillance, on admettra que c'est ainsi l'envoi d'une notification au fournisseur qui permet de considérer que ce dernier avait connaissance d'une information illicite. Contrairement au DMCA, la directive ne précise cependant pas quelles sont les conditions à remplir pour qu'une telle notification soit valable et entraîne une obligation d'agir de la part de ce fournisseur⁵⁶. Faut-il admettre qu'une notification faite par un tiers suffit à apporter la connaissance requise ou, au contraire, le fournisseur doit-il attendre une injonction judiciaire pour agir⁵⁷? A l'évidence, les litiges sur Internet ne sont pas plus simples que les litiges ordinaires. Ils ont souvent pour objet des comportements dont l'illicéité n'est ni exclue ni acquise. N'étant pas un juge, le fournisseur préférera au demeurant sou-

50 GILLIÉRON (note 2), p. 412 s.

51 JULIA-BARCELO (note 11), p. 110.

52 STROWEL/IDE/VERHOESTRAETE (note 13), p. 142.

53 La loi française s'est inspirée de la procédure de *notice and take down* américaine, sans toutefois la rendre impérative (cf. D. MELISON, Responsabilité des hébergeurs: une unité de régime en trompe-l'œil, avril 2005, disponible sous Juriscom.net: droit des technologies de l'information (<http://www.juriscom.net>) p. «<http://www.juriscom.net/documents/resp20050425-2.pdf>», p. 4 ss); seule la Finlande a adopté cette procédure pour les infractions aux droits d'auteur; cf. COM (2003) 702 final, p. 16.

54 GILLIÉRON (note 2), p. 415; STROWEL/IDE/VERHOESTRAETE (note 13), p. 144.

55 GILLIÉRON (note 2), p. 415; MONTERO (note 13), p. 290 s.

56 JULIA-BARCELO (note 11), p. 111.

57 GILLIÉRON (note 2), p. 415.

vent, en cas d'incertitude, retirer les informations douteuses⁵⁸.

On notera que sur la base de rapports périodiques, l'art. 21 al. 2 de la directive prévoit la possibilité d'une adaptation des règles concernant «la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et de services de moteurs de recherche, les procédures de notification et de retrait (*notice and take down*) et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu». Le premier rapport ainsi rendu a cependant conclu qu'à ce stade, «rien ne [justifiait] une initiative au plan législatif»⁵⁹. Sans doute cette attitude trouve-t-elle son fondement dans l'idée de favoriser l'autoréglementation; celle-ci risque au demeurant de conduire à une fragmentation du marché, contraire au but de la directive⁶⁰. En tout état de cause, la situation actuelle est en ceci regrettable qu'elle ne garantit guère le respect de la liberté d'expression, dès lors qu'elle laisse aux fournisseurs le soin de fixer eux-mêmes les limites de cette liberté⁶¹. L'adoption au niveau européen d'une procédure de *notice and take down* et de *counter notice and put back*, similaire à celle du DMCA, permettrait non seulement de préciser le devoir de diligence du fournisseur de services Internet, mais également de mieux garantir le respect de la liberté⁶². Cela étant, cette procédure devra s'appliquer de manière horizontale, indépendamment du bien juridique en cause, et non seulement en matière de droits d'auteur, comme c'est le cas aux Etats-Unis. La liberté d'expression ne saurait en effet se concevoir en Europe sans assurer la protection des droits de la personnalité.

C. La place de la liberté d'expression

Il résulte de ce qui précède qu'en matière de responsabilité des fournisseurs de services Internet, le droit de l'Union européenne ressemble à celui des Etats-Unis, mais il s'en distingue aussi de manière importante. Cette différence trouve à notre avis son fondement dans le rôle distinct que joue la liberté d'expression de part et d'autre. Les différences en pratique sont perceptibles aussi bien en relation avec les atteintes aux droits d'auteur qu'avec les autres.

1. Quelques généralités

La liberté d'expression est garantie aux Etats-Unis et dans l'Union européenne. Les

limites qui lui sont assignées ne sont toutefois pas les mêmes; les propos racistes en offrent sans doute l'exemple le plus frappant: réprimés pénalement en Europe, ils bénéficient de la protection du premier amendement de la Constitution américaine⁶³. Il n'est dès lors pas surprenant que si, comme les Etats-Unis, l'Union européenne a voulu éviter de faire peser sur les fournisseurs une responsabilité démesurée par rapport au rôle qu'ils jouent concrètement sur le marché d'Internet, le régime d'exonération mis en place est moins large que celui qui prévaut aux Etats-Unis.

Alors que les Etats-Unis vouent un attachement absolu à la liberté de s'exprimer, l'Union européenne relativise ce respect en y ajoutant la protection de la dignité de l'individu et le respect de la vie privée. L'expression «Liberty versus Dignity» de Whitman résume bien la différence des deux approches⁶⁴. On observera d'ailleurs le lien entre le droit au respect de la propriété privée et celui de s'exprimer et d'informer: celui-ci n'est en effet pas seulement un moyen de se protéger contre l'Etat censeur, mais il est également celui d'entreprendre et de faire fructifier ses idées et les informations qu'on détient. Ce n'est sans doute ainsi pas un hasard si cette dimension mercantile du droit de s'exprimer se retrouve dans la manière dont les Américains en déduisent le «marché» des idées (*marketplace of ideas*).

En relation avec la responsabilité des fournisseurs, ce n'est pas une coïncidence non plus, si la législation américaine a pris le soin de protéger les droits d'auteur avec le DMCA, alors qu'elle consacre un régime de totale immunité pour la diffusion de toute autre information dans le CDA. Compte tenu de son attachement à la protection des droits de la personnalité, on comprend que la législation européenne, en revanche, qui

58 JULIA-BARCELO (note 38), p. 234.

59 COM (2003) 702 final, p. 18.

60 JULIA-BARCELO (note 11), p. 111; (note 50), p. 233.

61 JULIA-BARCELO (note 38), p. 232 s.; HEIKKINEN (note 46), p. 7 s.

62 JULIA-BARCELO (note 38), p. 237.

63 FRYDMAN/RORIVE (note 24), p. 41 ss.

64 A ce sujet, cf. J. Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, 113 Yale L. J. 1151 (2004).

admet le principe d'une immunité, ne l'aît acceptée que de manière conditionnelle et sans limitation au seul domaine des atteintes aux droits d'auteur.

2. En matière de droit d'auteur

En cette matière, on l'a vu, le droit européen comparé à celui des Etats-Unis se caractérise par un manque de précision. Cela étant, il semble que l'autorégulation, qui existe en Europe ait contribué à la mise en place de procédures comparables à celles qui existent aux Etats-Unis dans la loi⁶⁵.

Nous n'entrerons pas ici dans l'étude de l'effectivité des procédures qui, du fait de leur caractère privé, restent en partie incon nues⁶⁶. On ignore en effet le nombre de requêtes adressées aux intermédiaires, le nombre de sites bloqués et la façon dont les intermédiaires s'y prennent pour déterminer l'illicéité d'une information. On notera sim-

plement qu'une expérience menée en 2003 sur le fonctionnement des procédures de *notice and take down* a révélé qu'un fournisseur anglais était plus enclin qu'un fournisseur américain à retirer un contenu du réseau, sur simple demande d'un utilisateur⁶⁷. Une étude similaire, menée en 2004, a démontré la facilité avec laquelle des fournisseurs hollandais se pliaient aux demandes de retrait, sans la moindre vérification⁶⁸.

On peut apparemment déduire de ce qui précède que les règles adoptées aux Etats-Unis rendent le retrait d'un site sur Internet plus difficile qu'en Europe. Insuffisamment précise, la directive européenne n'incite par ailleurs pas les fournisseurs à investiguer sérieusement les requêtes pour juger du bien-fondé de chacune d'elles, mais elle les encourage au contraire à retirer immédiatement l'information incriminée⁶⁹. On comprend dans ces conditions ceux qui considèrent que le régime mis en place, dépourvu de critères pour évaluer les droits et les obligations des parties en cause, manque d'efficacité et de transparence et qui regrettent le large potentiel d'abus au détriment de la liberté d'expression⁷⁰.

3. En relation avec les autres atteintes

Pour les atteintes qui ne se rapportent pas au droit d'auteur, c'est le CDA qui est applicable aux Etats-Unis, plus particulièrement, sa section 230 (c). Tel qu'interprété par la jurisprudence, il octroie l'immunité totale aux fournisseurs pour les contenus émanant de tiers. Cette disposition reflète l'importance accordée à la liberté d'expression telle qu'elle découle de la Constitution américaine. C'est ainsi que la propagande xénophobe et raciste ainsi que l'incitation à la haine ou à la violence sont protégées en tant que *controversial political speech*⁷¹.

Dans sa décision *Reno v. ACLU*⁷², interprétant le champ d'application de la section 230 CDA, la Cour Suprême a octroyé à Internet, à l'inverse de la radio ou de la télévision, l'entière protection du premier amendement. A noter que cette protection ne limite pas le droit d'acteurs privés tels que les fournisseurs de services Internet d'imposer leurs propres conditions à leurs clients⁷³. Le régime qui en résulte est au demeurant celui d'une liberté totale. S'ils décident de re-

65 C. AHLERT/C. MARSDEN/C. YUNG, How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation (2003), disponible sous <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/text/liberty.pdf>, p. 2.

66 Cf. AHLERT/MARSDEN/JUNG (note 65), p. 2, qui parlent à cet égard de privatisation de la censure.

67 A ce sujet, cf. AHLERT/MARSDEN/JUNG (note 65), p. 1 ss, qui font état du projet réalisé par trois chercheurs du *Oxford Centre for Socio-Legal Studies* pour mettre en lumière les différences entre les Etats-Unis et l'Europe. Ils expliquent que la méthode développée, appelée le «Mystery Shopper» consiste à adresser une requête à un intermédiaire, alléguant la violation de leurs droits d'auteur par la diffusion d'un texte sur un site qu'ils avaient en fait eux-mêmes précédemment créé. Le texte publié était en l'occurrence un extrait d'un chapitre du livre de John Mill's «On Liberty» publié en 1869 et appartenant au domaine public. Ils ont adressé leur requête au moyen d'une adresse email gratuite à deux grands fournisseurs d'hébergement, l'un américain et l'autre anglais. Le fournisseur américain a répondu à la requête par une série de questions détaillées invitant le plaignant à compléter les éléments manquants de sa notification et à faire une déclaration de bonne foi; le plaignant n'ayant pas complété sa requête, le site est resté accessible. Quant au fournisseur anglais, il a, sans aucune investigation, retiré le site en moins de vingt-quatre heures.

68 S. NAS, The Multatuli Project: ISP Notice & take down, Bits of Freedom, 2004, disponible sous www.bof.nl/docs/researchpaperSANE.pdf, pp. 1 ss et 6, qui souligne que l'étude, réalisée par le groupe néerlandais «Bits of Freedom» auprès de dix fournisseurs de services en Hollande, a démontré que sept des dix fournisseurs contactés au moyen d'une adresse e-mail gratuite ont retiré le site incriminé sans vérifier la validité de la requête.

69 AHLERT/MARSDEN/JUNG (note 65), p. 10 et p. 27.

70 AHLERT/MARSDEN/JUNG (note 65), p. 14.

71 B. FRYDMAN/I. RORIVE, Racism, Xenophobia and Incitement Online: European Law and Policy, septembre 2002, disponible sous <http://selfregulation.info/iapocoda/rxio-background-020923.htm>, p. 1 s.

72 *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

73 FRYDMAN/RORIVE (note 71), p. 2.

tirer un site qu'ils jugent par exemple obscène, diffamatoire, néfaste à la protection des mineurs ou même raciste ou xénophobe, ils le feront à titre de bon samaritain. Si au contraire, ayant connaissance d'une information illicite, ils décident de ne pas agir, aucune responsabilité ne peut leur être imposée. C'est en définitive du bon vouloir des fournisseurs que dépend le délicat équilibre entre la liberté d'expression et d'autres intérêts privés ou publics.

En Europe, comme nous l'avons vu, c'est la directive européenne qui s'applique de manière générale à tous les domaines du droit, donc également aux atteintes autres que celles au droit d'auteur. Compte tenu du régime mis en place, c'est une incitation au retrait qui prévaut, au détriment souvent de la liberté d'expression. Là aussi, une procédure de notification et de retrait, qui mettrait les fournisseurs à l'abri d'une responsabilité, offrirait des garanties que le régime mis en place ne présente pas. L'immunité dépendrait du respect des procédures; conditionnelle, cette immunité n'aurait pas pour effet de permettre n'importe quel propos raciste ou xénophobe, comme c'est le cas aux Etats-Unis, en raison des limites posées à la liberté d'expression.

On notera que, du fait des différences entre les conceptions juridiques américaines et européennes, la mise en place horizontale de procédures de notification et de retrait en Europe ne diminuerait pas le risque de conflits existant aujourd'hui en dehors du domaine des droits d'auteur⁷⁴. Nous ne traiterons toutefois pas de cette question qui dépasserait les limites de notre contribution.

III. La responsabilité des fournisseurs de services Internet en droit suisse

En Suisse, la responsabilité des fournisseurs de services Internet n'a jusqu'ici pas fait l'objet de débats très importants. La jurisprudence en la matière est pratiquement inexistante et les quelques arrêts qui y sont consacrés ne traitent que des aspects pénaux⁷⁵. Si certains députés ont exprimé le souhait que des règles spéciales soient adoptées sur le plan pénal et civil, le Conseil fédéral pour sa part vient de renoncer à poursuivre la révision envisagée en droit

pénal (A.). La question de la responsabilité civile reste toutefois posée et nous tenterons de démontrer l'opportunité d'une législation spéciale en la matière (B.).

A. La responsabilité pénale

1. Quelques généralités

La discussion sur la question de la responsabilité des fournisseurs de services Internet a commencé en Suisse en 1998 avec une circulaire de la Police fédérale⁷⁶. Cette circulaire informait ces derniers du fait que des tribunaux avaient condamné les auteurs de sites pour violation de l'interdiction de discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) et que les fournisseurs de services devaient bloquer l'accès à ces sites afin d'éviter une condamnation pour complicité. Basée sur la conception de l'arrêt *Rosenberg/PTT*, relatif à la condamnation du directeur de la poste qui avait autorisé l'écoute d'enregistrements érotiques au moyen du télékiosque 156⁷⁷, la directive a suscité de vives réactions de la part des milieux intéressés. Un groupe de contact chargé de concilier les intérêts des fournisseurs avec ceux du public a vu le jour⁷⁸. Une partie importan-

74 B. FRYDMAN/I. RORIVE, Fighting Nazi and Anti-Semitic Material on the Internet: The Yahoo! Case and its Global Implications, présenté le 11 février 2002 à la Cardozo School of Law au cours de la conférence: «Hate and Terrorist Speech on the Internet: The Global Implications of the Yahoo! Ruling in France», disponible sous <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/YahooConference/index.html>, p. 1 s.

75 D. ROSENTHAL, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter – Entgegnung zum Artikel von Robert G. Briner, *sic!* 2006, p. 511 ss, et les réf. citées.

76 Cf. cependant déjà PONCET (note 2), 207.

77 ATF 121 IV 109; à ce sujet, cf. L. MOREILLON, La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet, *Internet 2005*, Lausanne 2005, p. 59 ss, p. 62 ss.

78 Office Fédéral de la Justice, Gutachten zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Access-Providern gemäss Artikel 27 und 322bis StGB vom 24. Dezember 1999, publié dans VPB 2000 64.75, p. 820 ss; Police Fédérale, Avis de droit: La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet, Office fédéral de la justice (<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>), avril 2000, p. «<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.Par.0002.File.tmp/2000-05-15-internet-isp-f.pdf>», p. 3; Conseil Fédéral, Rapport à l'appui d'avant-projets de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la responsabilité pénale des prestataires et les compétences de la Confédération relatives à la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques (cybercriminalité), Berne 2004, Office fédéral de la justice (<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>), p. «<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.Par.0014.File.tmp/vn-ber-f.pdf>», p. 4.

te de la doctrine a contesté l'avis exprimé dans la directive⁷⁹.

2. L'état du droit actuel

Actuellement, l'étendue de la responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet est incertaine⁸⁰. Selon un avis de droit de l'Office fédéral de la justice, le fournisseur d'accès peut, à certaines conditions, tomber sous le coup de l'art. 28 al. 2 CP⁸¹, en tant que personne responsable de la publication et répondre aux conditions de l'art. 322^{bis} CP. Cet avis admet toutefois que la responsabilité devrait être exceptionnelle, dès lors qu'on ne peut pas exiger de ce fournisseur un devoir de diligence élevé, que ce soit en raison de la distance par rapport à l'auteur de l'information ou de l'abondance des informations diffusées sur Internet⁸². Par ailleurs, le Tribunal fédéral a jugé qu'en dehors du droit des médias, les règles générales sur la participation sont aussi applicables⁸³. En conséquence, le fournisseur, qui connaît le contenu délictueux d'une information et omet de prendre les mesures adéquates pour en empêcher la

propagation à ses clients, peut être tenu pour complice de l'infraction principale⁸⁴.

En application du droit suisse actuel, tout fournisseur peut ainsi voir sa responsabilité engagée. Ce régime est contraire à celui de la directive européenne. Dans un avis de droit, les professeurs NIGGLI, RIKLIN et STRATENWERTH ont contesté cette approche et conclu à la nécessité de réviser le Code pénal⁸⁵. Suite à une motion⁸⁶, et au travail d'une commission d'experts baptisée «cybercriminalité»⁸⁷, un avant-projet de loi visant à rendre le droit pénal compatible avec la directive européenne a vu le jour en 2004; en février 2008, le Conseil fédéral a toutefois décidé de ne pas poursuivre les travaux en cette matière, et cela en dépit des avis favorables recueillis en procédure de consultation⁸⁸. Cette décision est regrettable, ne serait-ce que parce que le maintien du droit actuel risque de sanctionner plus fortement les fournisseurs de services Internet exerçant en Suisse que leurs concurrents à l'étranger. Sans examiner plus avant la question, nous retiendrons que cette décision ne devrait en aucun cas justifier le refus de légiférer en matière de responsabilité civile, comme nous allons tenter de le démontrer dans la suite de cet exposé.

B. La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet

1. Quelques généralités

La responsabilité civile des fournisseurs de services Internet demeure une question peu explorée en droit Suisse. La jurisprudence est inexistante et il n'y a que quelques auteurs qui s'y soient intéressés⁸⁹. Comme nous l'avons observé plus haut, il n'existe aucune disposition légale régissant de façon spécifique cette responsabilité. Ce sont donc les règles générales sur la responsabilité découlant d'atteintes à la personnalité ainsi que celles prévues dans des lois spéciales qui s'appliquent, que ce soit en matière de droits d'auteur, de droits des marques ou de concurrence déloyale. En ce qui concerne les actions réparatrices, on notera que les lois spéciales renvoient toutes aux dispositions du CO et donc aux articles 41 ss CO⁹⁰.

Dès lors que rien ne saurait justifier que le droit suisse de la responsabilité des fournis-

- 79 MARCEL A. NIGGLI/Franz RIKLIN/GÜNTER STRATENWERTH, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern. Ein Gutachten zuhanden des Verbands Inside Telecom (VIT) vom 2. Oktober 2000, publié dans *medialex Sonderausgabe* 2000, p. 23 ss; cf. ég. ROSENTHAL (note 3), n. 18.
- 80 Pour une présentation détaillée, cf. ROSENTHAL (note 3), n. 10; MOREILLON (note 77), p. 69 ss.
- 81 Anciennement art. 27 CP.
- 82 OFJ (note 79), pp. 829 ss, 838 ss et 851.
- 83 ATF 125 IV 206; cf. ég. ROSENTHAL (note 2), n. 13; OFJ (note 77), p. 833 s. et p. 852 ss.
- 84 OFJ (note 77), p. 853; cf. ég. Police Fédérale (note 77), p. 5 et p. 9 ss.
- 85 NIGGLI/RIKLIN/STRATENWERTH (note 79), *passim*.
- 86 Motion 00.3714 du conseiller aux Etats THOMAS PFISTERER, disponible sous http://www.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch_id=20003714.
- 87 Département Fédéral de Justice et Police, Rapport de la commission d'experts «cybercriminalité», Berne 2003, Office fédéral de la justice (<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>), p. «<http://www.bj.admin.ch/etc/media/lib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0007.File.tmp/ber-netzwerkrim-f.pdf>».
- 88 Conseil Fédéral, Rapport du Conseil fédéral: Cybercriminalité, Responsabilité pénale des prestataires et compétences de la Confédération en matière de poursuite des cyberinfractions, Berne 2008, Office fédéral de la justice (<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>) p. «<http://www.bj.admin.ch/etc/media/lib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0018.File.tmp/ber-br-f.pdf>».
- 89 Outre les ouvrages cités dans la présente contribution, on signalera encore: PATRICK ROHN, *Zivirechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht*, th. Zurich/Bâle/Genève 2004.
- 90 DFJP (note 86), p. 87 ss.

seurs se distingue du droit européen, il serait opportun que le législateur suisse introduise des règles à cet effet. En dépit des décisions prises récemment par le Conseil fédéral en matière pénale, on ne peut donc que souhaiter que le législateur adapte sa législation à la directive européenne et fixe des règles qui garantissent le régime de l'immunité qui en résulte. Avant d'y venir, il importe d'évaluer les implications du droit actuel.

2. Les actions défensives et les actions réparatrices

Le droit consacre une distinction entre les actions défensives et les actions réparatrices (cf. par exemple art. 28 ss CC). Les premières sont à la disposition de la victime, lorsque celle-ci fait valoir qu'elle subit une atteinte illicite à ses droits. Les autres le sont en plus, à condition que la victime qui subit un préjudice puisse établir un chef de responsabilité: pour simplifier, nous retiendrons qu'il s'agit en principe de la faute⁹¹.

En se fondant sur l'approche classique en cette matière, on admet que celui qui participe à une atteinte illicite au détriment d'autrui peut être condamné à un ordre lui enjoignant de prévenir ou de faire cesser l'atteinte. Il est acquis en droit suisse que l'ignorance du caractère illicite de l'atteinte n'est pas une excuse pour le défendeur dans ce contexte. Une personne subissant une atteinte à ses droits devrait donc pouvoir agir contre un fournisseur de services Internet lorsque celui-ci participe à l'atteinte de la même façon que n'importe quel libraire ou distributeur de médias classiques. Sauf à considérer de façon très innovante que, sans égard au contenu des informations diffusées, la fourniture de services Internet est toujours une activité licite, on ne voit pas comment le fournisseur pourrait donc échapper à la sanction d'actions défensives en l'état actuel du droit.

La situation est différente pour ce qui est des actions réparatrices. Dans les conceptions reçues, on admet que ces actions sont en principe soumises à l'exigence d'une faute; tel est du moins le cas pour les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral⁹². Retenir l'existence d'un acte illicite fautif de la part d'un fournisseur de services Internet, indépendam-

ment de la connaissance qu'il a de l'information diffusée serait – à nouveau si l'on suit les conceptions classiques – difficile à admettre. Il serait sans doute aisé en revanche de retenir une faute à partir du moment où le fournisseur connaît ou aurait dû connaître contenu de l'information qu'il contribue à faire circuler (art. 50 CO)⁹³.

Au demeurant, il y aurait de bons motifs pour consacrer en droit suisse, comme en droit européen, une immunité de principe du fournisseur, et en particulier du fournisseur d'hébergement, et ce même lorsque celui-ci a acquis la connaissance des informations diffusées, du moins là où il a respecté les conditions prévues pour son immunité. Ce sont ces conditions qu'il importe de préciser dans le droit civil suisse.

3. Le besoin de légiférer

a. Quelques généralités

La question de la responsabilité du fournisseur se pose lorsque celui-ci est averti, soit par des particuliers, soit par des autorités, qu'il assure la diffusion sur Internet d'informations illicites. Or, de la même façon que les droits américain et européen, on ne saurait retenir à la charge du fournisseur de services Internet une obligation générale de surveillance⁹⁴. A cela s'ajoute qu'on ne saurait non plus obliger le fournisseur à réagir à n'importe quelle requête⁹⁵. Toute la question est dès lors de savoir à quelles conditions on peut admettre qu'un fournisseur a la connaissance du caractère illicite d'une information qu'il contribue à diffuser. On comprend que dans son rapport, la commission d'experts «cybercriminalité» se soit dès lors exprimée en faveur d'une clarification par le législateur de la responsabilité extracontractuelle des fournisseurs de services Internet⁹⁶. On comprend aussi que, malgré le refus du Conseil fédéral de transposer la directive sur le

91 Pour plus de détails, cf. H. DESCHENAUX/P.-H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4^{ème} éd., Berne 2001, n. 568 ss.

92 Cf. DESCHENAUX/STEINAUER (note 90), n. 609 ss.

93 DFJP (note 86), p. 88.

94 Dans ce sens aussi, cf. ROSENTHAL (note 2), n. 95.

95 ROSENTHAL (note 2), n. 96 ss.

96 DFJP (note 87).

commerce électronique ou de réviser le droit de la responsabilité civile, le conseiller national Jakob Büchler soit revenu à la charge avec une motion, le 22 juin 2007⁹⁷. L'avis contraire du Conseil fédéral, qui estime que «la réglementation de droit civil de la responsabilité des prestataires n'est ni lacunaire ni confuse», n'est pas convaincant. Il paraît au contraire opportun de légiférer et de mettre en place un régime compatible avec celui de l'Union européenne qui immunise, à certaines conditions, les fournisseurs de services Internet.

b. Une proposition

En nous fondant sur ce qui précède, nous retenons qu'il serait opportun que le droit suisse prenne exemple sur le DMCA pour ce qui est des conditions d'exonération des fournisseurs de services Internet. Plus précisément, le législateur devrait adopter des règles qui mettent à l'abri des actions réparatrices les fournisseurs d'accès lorsque ceux-ci se limitent à un rôle purement passif de transporteurs d'informations. Il devrait en faire de même pour les fournisseurs d'hébergement, à la condition que ceux-ci se soumettent à une procédure de *notice and take down* qui, à la différence du droit européen, définirait clairement à quel moment et selon quelles modalités le contenu d'une information est opposable au fournisseur; dans ce cas, on notera que les actions défensives contre ce dernier devraient aussi leur raison d'être.

En revanche, pour ce qui est du *champ d'application* du système d'exonération, le législateur suisse devrait reprendre le modèle de la directive européenne sur le commerce électronique présentée plus haut (*supra* II.B.). C'est dire que les règles adoptées devraient s'appliquer uniformément, sans égard au bien juridique en cause et non pas, comme aux Etats-Unis, dans les cas relatifs aux droits d'auteur seulement. En effet, compte tenu des conceptions euro-

péennes qui, au-delà du patrimoine, protègent aussi la dignité des personnes, il ne se justifie pas d'adopter des règles différentes d'un domaine à l'autre. De plus, l'approche horizontale est plus facile à mettre en œuvre pour les fournisseurs, qui appliqueront ainsi la même procédure sans avoir à déterminer d'abord la nature de l'information.

Conclusion

La législation américaine a consacré un système qui permet en principe d'immuniser les fournisseurs de services Internet contre les actions en réparation des victimes qui s'estiment lésées par les informations diffusées. La directive européenne a repris le régime d'exonération des fournisseurs de services Internet tel que le consacre le DMCA. Elle en a toutefois étendu la portée au-delà des droits d'auteur. Pour ce qui est de l'immunité du fournisseur d'hébergement, la directive européenne n'a cependant pas repris la procédure de *notice and take down* et de *counter notice and put back* du DMCA: elle a ainsi omis de définir le moment auquel ce fournisseur est réputé avoir connaissance de l'information illicite et le comportement qu'il doit adopter en conséquence.

Il serait opportun que le législateur suisse complète sa législation en conséquence et mette en place un système d'immunisation des fournisseurs de service Internet. Afin de permettre à ceux-ci de bénéficier d'un traitement égal à celui de leurs concurrents européens, le législateur suisse ferait bien de reprendre le droit européen dans l'approche horizontale qu'il consacre en prévoyant un système de filtre qui s'applique sans égard au bien juridique touché. Il ferait bien aussi de ne pas omettre, comme l'a fait le législateur européen, de reprendre le point fort du droit américain qui consiste dans la mise en place d'une procédure de notification et de retrait accompagnée d'une contre-notification et de la remise en ligne d'informations contestées. Cette procédure est compatible avec le droit européen: si la directive ne l'a pas mise en place, c'est sans doute dans le souci de respecter l'autonomie des Etats Membres; comme nous avons essayé de le montrer, imposer cette procédure dans la loi vaut pourtant mieux que l'auto-réglementation. ■

97 Motion 07.3509 du conseiller national JAKOB BÜCHLER, disponible sous http://www.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch_id=20073509.