

Manuel Bianchi della Porta Avocat, Dr en droit, LL.M., Chargé de cours en droit des médias et
Vincent Robert Avocat, D.E.S., LL.M.
 contact@bcc.ch

Responsabilité pénale de l'éditeur de médias en ligne participatifs

Comment se prémunir des contenus illicites «postés» par des tiers?

Zusammenfassung Das partizipative Internet hat sehr schnell alle Gebiete des Netzes erobert, und die neuen Praktiken, die es mit sich bringt, bilden ein beachtliches strafbares Risiko für die Herausgeber von Onlinemedien. Obwohl der Bundesrat darauf verzichtet hat, spezifische Bestimmungen betreffend durch Internet begangene Delikte einzuführen, erweist sich die Anwendung der gegenwärtigen strafrechtlichen Bestimmungen auf das Phänomen «WEB 2.0» als nicht frei von Schwierigkeiten. Auch wenn Fragen offenbleiben, so bieten die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtes und Beispiele aus dem Ausland interessante Denkanstöße und Lösungsansätze, die es den Operateuren von partizipativen Websites erlauben, sich gegen strafrechtliche Verfolgungen zu schützen.

I. Le phénomène, ses bienfaits, ses risques

Le WEB 2.0 est le fruit d'une évolution technologique et d'une modification des pratiques sociales. Simple consommateur d'information à l'origine, l'internaute a acquis un nouveau statut sur la toile: il donne son avis, réagit à l'actualité, participe à des discussions, enrichit des bases de données, etc. A chaque intervention, il crée du contenu, produit de l'information. Son «activisme» s'exprime en particulier dans les médias en ligne, qui du reste l'encouragent, en sollicitant ses contributions originales et ses commentaires à chaud.

Désignons le phénomène sous observation du nom de médias en ligne participatifs¹, et donnons lui un sens large. Internet l'exige, car le réseau ne connaît pas de frontières, véhicule tous types d'informations – textes, sons, images animées ou non – et, surtout, est ouvert à tous et à toutes (aucune barrière à l'entrée: pas d'exigence de formation ou de diplôme, des investissements modiques). Sous cette désignation, nous entendons donc l'ensemble des sites web à vocation informative s'adressant à un public indéterminé et permettant à leurs visiteurs de contribuer au contenu du site en «postant» des commentaires ou des contributions originales. Cette définition englobe les sites professionnels des grands acteurs de la presse écrite ou audiovisuelle (les médias au sens historique) mais aussi les blogs gérés par des journalistes amateurs, voire les forums de discussion ou les bases de données collaboratives. Initialement limités à des espaces confinés, tels que le courrier des lecteurs, les échanges entre les médias et leurs «clients» se sont démultipliés et s'effectuent pratiquement en temps réel.

L'interactivité est d'abord un bienfait. Du point de vue rédactionnel, les contributions externes représentent une plus-value: en réagissant à l'information publiée par la rédaction,

les internautes la complètent, parfois la rectifient et souvent l'éclairent d'un jour nouveau en l'analysant avec leur propre sensibilité. Les réactions des internautes peuvent être interprétées comme un instantané de l'opinion publique et de ce fait présentent de surcroît un intérêt sociologique. Du point de vue commercial, l'interactivité crée l'intérêt, tend à augmenter la fréquentation d'un site et par voie de conséquence les revenus publicitaires. Enfin (et surtout), l'interactivité est aujourd'hui un *must*: le média qui n'y recourt pas sera à la traîne de ses concurrents².

D'un autre côté, l'interactivité d'un site est inversement proportionnelle à la maîtrise que son éditeur a de son contenu. Aussi, les éditeurs de sites participatifs doivent se demander si, en acceptant de publier des contributions externes, ils assument également une responsabilité lorsque le contenu du tiers (comprendre: de celui qui ne fait pas partie de la rédaction) est illicite. Cette responsabilité peut être de nature civile ou pénale. L'aspect civil a déjà fait l'objet de quelques études en Suisse³. Rien ou presque n'a été dit sur la responsabilité pénale des éditeurs de médias en ligne participatifs. Ce sera notre propos.

Le risque pénal lié aux contributions externes est multiple. Tout d'abord, les contributions de tiers peuvent porter *atteinte à l'honneur* de tiers et réaliser les infractions de diffamation ou de calomnie au sens des articles 173 et 174 CP. La recrudescence des sites Internet versés dans l'information «people» et plus généralement le phénomène de personnalisation de l'information contribuent à augmenter ce risque⁴. L'information sur des thèmes de société sensibles ou sur des faits divers peut générer des *atteintes à la paix* publique, constitutives d'infractions telles que la provocation au crime ou à la violence (art. 259 CP), l'atteinte à la liberté de croyance et de culte (art. 261 CP) ou la discrimination raciale (art. 261^{bis} CP). La faculté de chaque internaute de reproduire ou renvoyer à des textes, des images, des sons appartenant à des tiers, représente un risque accru de violation du *droit d'auteur* (67 LDA). Enfin, il arrive que des contributions externes soient *contraires aux bonnes*

1 Nous aurions tout aussi bien pu parler de «médias interactifs» ou de «médias collaboratifs».

2 Les amateurs de football auront noté les efforts du site www.lequipe.fr pour rattraper dans ce domaine le site www.gazzetta.it.

3 Pour les plus récentes, se reporter en particulier à Werro F., Les services Internet et la responsabilité civile, *Medialex*, 3/08, p. 119–132, Ciola-Dutoit/Cottier, Le droit de la personnalité à l'épreuve des blogs, *Medialex* 2/08, p. 72–81.

4 Sur ce phénomène: Bianchi della Porta, Information sur les personnalités, personnalisation de l'information: où sont les limites?, *Sic!* 7–8–2007, pp. 507–520.

mœurs, le cas de la pornographie étant ici particulièrement visé (art. 197 CP).

Les risques encourus par les médias participatifs sont aggravés par le caractère transfrontalier du réseau, le web, sur lequel ils diffusent. Les médias en ligne sont en effet accessibles depuis une multitude de territoires, qui connaissent des systèmes juridiques différents, notamment dans leur conception de la liberté d'expression. Ainsi, des internautes étrangers pourraient poster sur un site hébergé en Suisse une contribution licite au regard de la loi de leur pays d'origine, mais illicite selon le droit suisse. Le facteur d'internationalité réduit par ailleurs fortement la probabilité que les auteurs de contributions illicites soient identifiés et jugés en Suisse, d'où un certain sentiment d'impunité sur la toile.

II. Le cadre légal

La responsabilité des intervenants sur le web est une problématique dont se sont saisis les législateurs de nombreux pays. En bon sens, les intervenants de l'Internet n'ont pas tous le même contrôle, et donc la même responsabilité, en relation avec des contenus illicites placés sur les sites web. La question du degré de cette responsabilité s'apprécie essentiellement en fonction du type de fournisseur de services Internet. Fournisseurs d'accès, hébergeurs, fournisseurs de contenus sont parmi les catégories légales les plus répandues. Sans se recouper exactement d'une législation à l'autre, cette classification a la même fonction: différencier les responsabilités (aussi bien pénales que civiles), voire en exonérer certains intervenants, dont les activités (services) sont dans un rapport jugé trop lointain avec le contenu illicite. La doctrine récente revient abondamment sur ces catégories. Le fait est qu'elles n'ont pas été pensées précisément en relation avec le sujet qui nous occupe et ne sont pas toujours utiles dans l'analyse des obligations du responsable d'un média en ligne participatif face aux contenus placés par ses clients ou usagers. Nous faisons ci-après quelques considérations sur deux pays qui ont en commun d'avoir légiféré spécifiquement sur les responsabilités des prestataires de services sur Internet, mais qui se distinguent sans doute par la confiance qu'ils accordent à l'Internet.

1. Aperçu des droits américain et français

A. Les Etats-Unis ont expérimenté à large échelle l'Internet et en ont pris la mesure avant les autres. Ce sont aussi eux qui lui ont accordé «d'instinct» un large crédit⁵. Le législateur fédéral s'est attaché à réglementer la responsabilité des prestataires de services Internet, sous l'angle de leur responsabilité civile⁶, par le biais du Communication Decency Act (CDA) de 1996, et sous l'angle de leur responsabilité pénale dans le cadre du droit d'auteur, par le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998⁸.

Un des aspects remarquables de cette réglementation est la Section 230 du CDA qui protège spécifiquement l'activité des exploitants de sites participatifs, qualifiés de «interactive computer service providers», et empêche de les considérer en tant qu'auteur ou rédacteur d'informations fournies sur leur sites

par d'autres fournisseurs de contenus⁹. La notion d'«interactive computer service provider» est interprétée de manière large. Un blogger sera ainsi considéré comme fournisseur de contenus pour les articles qu'il écrit et comme «interactive computer service provider» pour les commentaires reçus d'autres internautes. La protection offerte par la Section 230 vaut pour la diffamation (libel) ainsi que pour toute une série d'autres actes illicites et demeure valable même lorsque l'information reçue par l'éditeur du site a été éditée, pourvu que le sens objectif de l'information n'ait pas été modifié. La Section 230 ne fait cependant pas obstacle à l'application à l'encontre des bloggers des lois pénales fédérales.

Le DMCA offre quant à lui une protection étendue aux fournisseurs de services Internet qui acceptent de retirer promptement des contenus – dont des commentaires postés par les utilisateurs de leur site – qui leur sont signalés comme violant le droit d'auteur. A ces conditions, ces prestataires ne sont pas punissables; il leur est même possible de contester une injonction de retrait du contenu en soumettant une contre-notification.

B. En France, le législateur a adopté en 2004 une loi topique sur la responsabilité des fournisseurs de services Internet, appelée «Loi sur la confiance en l'économie numérique (LCEN)¹⁰», peut-être en raison d'une certaine... méfiance qui prévalait à l'époque. Le régime de responsabilité prévu par la LCEN repose sur la distinction entre les éditeurs de sites Internet et les hébergeurs¹¹. Conformément à la Directive européenne 2000/31¹², les fournisseurs d'hébergement ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance. Leur responsabilité pénale (comme civile) ne peut dès lors pas être engagée à raison des informations stockées à la demande d'un internaute s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur illicéité ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible¹³. A contrario, les éditeurs sont tenus responsables de tout contenu illicite publié sur leur site. La distinction entre hébergeurs et éditeurs nourrit la jurisprudence et est au cœur de notre problématique.

Les responsables de sites tels que www.wikipedia.org ou www.dailymotion.fr – dont le contenu provient presque exclu-

5 Comme l'exprime le préambule du CDA: «The Internet and other interactive computer services offer a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity.»

6 Voir également sur cette question Werro et Sonney, Les services Internet et la responsabilité civile, *Medialex* 3/08, p. 115 ss.

7 Communications Decency Act, Title 47 USC.

8 Digital Millennium Copyright Act, 17 USC § 512.

9 Section 230 of Title 47 of the United States Code (47 USC § 230) par c) 1: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.».

10 Loi pour la confiance dans l'économie numérique, n° 2004-575 du 21 juin 2004 («LCEN»).

11 Article 6 LCEN.

12 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»), Article 15.

13 LCEN, article 6, al. 1.3.

sivement de contributions externes – ont longtemps joui de la protection accordée aux hébergeurs, leur permettant ainsi d'échapper à toute responsabilité pénale (et civile), par la démonstration qu'ils avaient réagi dans les temps à une injonction de retirer les contenus illicites¹⁴. Au printemps 2008, une série de décisions rendues en matière d'atteinte à la personnalité a fait craindre un durcissement de la jurisprudence. Plusieurs sites participatifs, notamment les sites www.fuzz.fr et www.lespipoles.com, ont été condamnés en référé à verser des dommages-intérêts à des personnalités du divertissement pour avoir publié des liens vers d'autres sites contenant des articles portant atteinte à leur vie privée. Les liens incriminés avaient soit été postés par des internautes, soit provenaient d'un système automatisé de flux RSS¹⁵. Il avait néanmoins été retenu qu'en agençant les liens reçus d'internautes dans différentes rubriques ou en décidant d'utiliser des flux RSS, les sites participatifs avaient opéré un choix éditorial qui les privait de la protection accordée aux hébergeurs.

Dans l'affaire [Fuzz.fr](http://www.fuzz.fr), la Cour d'appel de Paris vient toutefois de casser la décision rendue en référé et de confirmer que les exploitants de sites participatifs dont l'alimentation repose sur l'agrégation d'informations, y compris au moyen de flux RSS, étaient hébergeurs et non éditeurs des contenus postés par leurs visiteurs. La Cour d'appel a ainsi retenu que l'internaute qui avait posté le lien vers le site source de l'information et en avait rédigé le titre était l'éditeur du lien hypertexte et du titre. La Cour d'appel a également nié que le fait de structurer et de classer les informations mises à la disposition du public suffit à donner à [Fuzz.fr](http://www.fuzz.fr) la qualité d'éditeur. Ces hésitations des tribunaux quant au statut d'hébergeur ont créé une insécurité juridique pour les acteurs du Web 2.0 et le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a récemment lancé une consultation publique sur le bilan de la LCEN et ses perspectives, en vue d'une probable révision. Cette révision pourrait conduire à une différenciation entre les «hébergeurs de données» qui ne sont que des intermédiaires techniques et les «hébergeurs de contenus», dont les exploitants de sites participatifs¹⁶.

2. Le cas de la Suisse

A. Des projets mais toujours pas de loi topique

Au contraire de nombreux états européens et des Etats-Unis, la Suisse n'a, à ce jour, pas adopté de normes régissant spécifiquement la responsabilité pénale des prestataires de services Internet¹⁷. Ce n'est pas faute d'avoir essayé. Un projet visant à introduire de telles dispositions existait. Il vient d'être abandonné¹⁸.

A l'origine de ce projet de loi, une controverse: le droit pénal des médias est-il applicable aux prestataires de services sur Internet? Dans un premier temps, l'Office fédéral de la justice a estimé que les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès étaient subsidiairement responsables en vertu de l'article 28 CP des infractions commises par des publications sur Internet, lorsqu'ils étaient avertis de l'existence d'une publication illicite par une autorité pénale et qu'ils n'en bloquaient pas l'accès¹⁹. Cette approche fut vivement critiquée²⁰ et le projet se forma en 2000 d'introduire des normes applicables uni-

quement en cas de publication sur Internet dans la partie générale du Code pénal. L'avant-projet de 2004 préconisait l'abandon du régime de l'article 28 CP pour les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès au profit des règles générales relatives à la participation. Cet avant-projet prévoyait également que le fournisseur d'hébergement serait punissable s'il apprenait qu'il hébergeait un contenu délictueux, et qu'il s'abstenait d'empêcher l'utilisation de ce contenu ou de transmettre aux autorités les informations reçues à ce sujet. Quant aux fournisseurs d'accès, ils demeureraient non punissables tant et aussi longtemps qu'ils se contentaient d'assurer un accès automatisé à Internet.

En février 2008, le Conseil fédéral a recommandé l'abandon, à tout le moins temporaire, du projet, confirmant l'applicabilité du régime de l'article 28 CP à l'encontre des fournisseurs d'accès et d'hébergement²¹. Selon le Conseil fédéral, l'absence de dispositions topiques sur la responsabilité des fournisseurs de services Internet n'empêche pas la mise en œuvre de solutions valables, en s'appuyant sur le droit pénal des médias et sur les principes généraux concernant la participation à une infraction. Le Conseil fédéral d'ajouter qu'une réglementation plus technique deviendrait vite obsolète compte tenu de l'évolution rapide caractérisant les cyberréseaux.

Nous ajouterons une observation. L'activité des médias participatifs (et plus généralement les sites interactifs) ne trouve pas exactement sa place au sein des catégories généralement admises de fournisseurs de services Internet (fournisseurs de contenus, d'hébergement ou d'accès). En décidant d'intégrer des contributions externes à son site, l'éditeur définit le contenu de celui-ci et agit comme un fournisseur de contenus. Toutefois, en cédant une partie de son espace de stockage et en laissant les internautes y «poster» leurs contributions, l'éditeur assume envers ceux-ci un rôle comparable à celui d'un fournisseur d'hébergement. A notre sens, l'éditeur d'un site interactif est plus proche d'un fournisseur de contenus que d'un fournisseur d'hébergement, car, même en ouvrant son site aux contributions externes, il conserve le contrôle de celui-ci. L'éditeur peut en effet retirer du site les contributions externes qu'il ne souhaite pas conserver, ou ne publier que les contributions répondant à

14 TGI Paris, référé, 29 octobre 2007, Mme M. B., M. P.T., M. F. D. c/ Wikimedia Foundation Inc.; TGI Paris, 15 avril 2008, décision Monsieur Omar Sy et Monsieur Fred Testot et autres c/ S.A. Daily-Motion.

15 Le standard RSS (« Really Simple Syndication ») permet d'être tenu informé des nouveaux contenus d'un site web, sans avoir à le consulter. Ce format repose sur une description synthétique du contenu d'un site web, afin de permettre son exploitation par des tiers.

16 www.lejournaldunet.com, 24 avril 2008, LCEN: les hébergeurs se désolidarisent des sites Web 2.0.

17 Seule loi spécifique à l'Internet à ce jour: la Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique. A mentionner aussi l'article 3 lit. o de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale réprimant le «spamming».

18 Rapport du Conseil fédéral, Cybercriminalité, Responsabilité pénale des prestataires et compétences de la Confédération en matière de poursuite des cyberinfractions, février 2008.

19 AVIS OFJ 1999.

20 Motion Thomas Pfisterer, BO 2001, p. 27 ss.

21 Rapport du Conseil fédéral, février 2008.

des critères qualitatifs qu'il a lui-même définis. Par ce contrôle, l'éditeur se distingue du fournisseur d'hébergement, qui est un intermédiaire technique se bornant à mettre à disposition un espace de stockage, sans interférence sur l'utilisation qu'en fera son utilisateur. Ces éléments devraient être gardés à l'esprit lors de l'appréciation de la responsabilité d'un média participatif pour le contenu illicite placé par un tiers.

B. Dispositions applicables

En l'état donc, la responsabilité pénale des internautes et des médias en ligne doit être déterminée au regard des dispositions générales du Code pénal. La commission d'une infraction par le biais d'une publication dans un média déclenche l'application d'un régime spécial de responsabilité décrit aux articles 28 et 322^{bis} CP. Ce régime prévoit que, si l'auteur d'une infraction commise par une publication dans un média ne peut être identifié ou qu'il ne peut être jugé en Suisse, le rédacteur responsable de ce média, ou à défaut la personne responsable de la publication, sont condamnables pour défaut d'opposition à une publication illicite au sens de l'article 322^{bis} CP²². L'article 28 CP a été introduit lors de la révision du Code pénal de 1997 qui visait notamment à étendre le régime de responsabilité de la presse écrite aux autres médias²³. Bien que cet article ne donne pas de définition de la notion de médias, il est admis qu'il s'applique pleinement aux publications sur Internet²⁴.

L'article 28 CP s'applique à toutes les infractions «commisses et consommées sous forme de publication par un média». Toutefois, le Tribunal fédéral a limité son champ d'application aux seules infractions intégralement consommées par la publication dans un média²⁵. Ainsi, les infractions telles que l'escroquerie ou le chantage échappent à cette disposition dans la mesure où il est nécessaire qu'un effet ait été exercé sur la victime – laquelle aura été dupée ou intimidée – pour que l'infraction soit réalisée²⁶. La jurisprudence a encore restreint la portée de l'article 28 CP en exigeant qu'il soit tenu compte de la *ratio legis* de l'infraction réalisée, afin que «l'application de cette disposition à une infraction déterminée n'aboutisse pas à un résultat contraire au but que poursuivait le législateur en réprimant cette infraction.»²⁷ Pour cette raison, l'article 28 CP ne s'appliquerait pas à la représentation de la violence (art. 135 CP), à la pornographie dure (art. 197 ch. 3 CP), ou encore à la diffusion d'écrits ou d'images à contenu discriminatoire (art. 261^{bis} al. 4 CP)²⁸.

En définitive, l'article 28 CP ne vise que les infractions qui se concrétisent dans l'expression de la pensée (*Gedanken-äusserungsdelikte*)²⁹. Font partie de cette catégorie de délits, les atteintes à l'honneur (art. 173–177 CP), la provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP), la provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276 CP), la publication de débats officiels secrets (art. 293 CP), la violation du secret de fonction (art. 320 CP), la violation du secret professionnel (art. 321 CP) et l'usage de méthodes déloyales de publicité en violation de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale (art. 3 et 23 LCD). Les autres infractions potentiellement réalisables par une publication dans un média sont soumises aux règles générales sur la participation des articles 24 et 25 CP.

En résumé, qu'il soit considéré comme fournisseur d'hébergement ou, plus justement, comme fournisseur de contenu, l'éditeur d'un média participatif sera soumis aux articles 28 et 322^{bis} CP pour les «délits de presse» et au régime général de la responsabilité pour les autres infractions.

C. Rattachement spatial

Les dispositions examinées ci-avant sont applicables à l'ensemble des contributions externes envoyées depuis la Suisse ou «postées» sur un site hébergé en Suisse³⁰. Selon certains auteurs, il suffirait qu'une publication puisse être consultée depuis la Suisse pour que le droit suisse s'y applique³¹. Cette approche rend le droit suisse applicable à une quantité presque illimitée de publications sans rapport direct avec la Suisse. Il paraît réaliste de limiter l'emprise du droit suisse aux seules publications visant le public suisse ou présentant un lien factuel avec la Suisse³².

III. La responsabilité de l'éditeur pour les délits de presse

Intéressons-nous dans un premier temps à la responsabilité de l'exploitant du média online participatif au regard des délits de presse.

Le mécanisme de l'article 28 CP repose sur une dichotomie entre une infraction primaire, réalisée par la publication, et une infraction secondaire consistant en une omission de s'opposer à cette publication constitutive de l'infraction primaire. Prenons l'exemple d'un commentaire diffamatoire. Si l'auteur

22 L'article 28 CP fait référence à l'auteur de la publication, dans le sens littéraire (en allemand *Der Autor*) et non à l'auteur au sens du droit pénal (en allemand *Der Täter*).

23 Message du Conseil fédéral du FF 1996 IV 533, 558.

24 Ibid.; Selon le CF, la notion de média doit s'interpréter en référence à l'article 17 de la Constitution, qui garantit la liberté des médias, soit «la liberté de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques» c.f. Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet, Code pénal, Partie générale, Bâle 2008 op. cit, ad 28 CP N 4.

25 ATF 125 IV 206.

26 ATF 125 IV 206; Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet, op. Cit. ad art. 28 CP, N 7–8; Barrelet, Droit de la communication, Berne, p. 332.

27 ATF 125 IV 206.

28 ATF 125 IV 206, arrêt du TF du 2.5. 2008 6B_645/2007, cités in Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet, op. cit, ad 28 CP N 9, ATF 125 IV 206.

29 Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet, op. cit, ad 28 CP N10.

30 Art. 3 al.1 CP; art. 8 CP; en cas d'infraction commise par le biais d'une publication faite sur Internet, le lieu de commission de l'infraction correspondait au lieu où la publication a été téléchargée sur le réseau Internet, c.f. Tribunal fédéral, arrêt du 11 août 1999, 8G.43/1999, («Lyrics»), résumé in sic! 6/1999, p. 637 ss.

31 Barrelet, Droit de la communication, Berne, p. 341; Riklin, Schweizerisches Presserecht Berne 1996, p. 582.

32 Gilliéron, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ 2001 II p. 181ss, 182, ; Salvadé V., Services en ligne et violations du droit d'auteur: l'union incertaine de la territorialité et du réseau mondial, Medialex 3/00, p. 144 ss.

du commentaire est identifié et qu'il peut être jugé en Suisse, il sera poursuivi pour diffamation au sens de l'article 173 CP. L'auteur ayant pu être jugé en Suisse, le rédacteur responsable n'encourra aucune sanction. En revanche, s'il n'est pas possible d'identifier l'auteur ou qu'il ne peut être jugé en Suisse, le rédacteur responsable sera poursuivi pour défaut d'opposition à une publication illicite au sens de l'article 322^{bis} CP.

La terminologie de l'article 28 CP n'étant pas adaptée à l'environnement numérique, la place qu'occupe l'éditeur d'un média participatif dans le système des articles 28 et 322^{bis} CP reste à définir. Une partie de la doctrine considère que l'éditeur est assimilable à l'auteur de la publication en raison du contrôle dont il dispose sur son site qui le rapproche du statut de co-auteur de la publication³³. Selon cette théorie, en ne s'opposant pas à une publication illicite, l'éditeur non seulement la tolère, mais il la cautionne en la diffusant à son lectorat. Cette approche doit toutefois être rejetée. En effet, selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, est l'auteur d'une publication, la personne qui conçoit une œuvre et lui donne sa forme extérieure ou qui fait rédiger l'œuvre par un tiers et la transmet ensuite à un média pour publication comme expression de sa propre pensée, ou encore celui qui d'une autre manière se donne pour l'auteur de la publication et en assume la responsabilité³⁴. Le pouvoir d'un éditeur de décider ou non de la publication d'une contribution d'un internaute ne fait pas encore de lui un co-auteur de ladite contribution externe³⁵.

Les sites interactifs ont d'ailleurs pour pratique courante d'insérer un message (disclaimer) indiquant que l'internaute qui soumet une contribution externe pour publication est seul responsable du contenu de celle-ci. Par un tel message, l'éditeur annonce qu'il ne cautionne pas les opinions exprimées dans les contributions externes et refuse d'assumer une quelconque responsabilité pour celles-ci. Beaucoup de sites obligent même les internautes à accepter de telles conditions avant de les autoriser à soumettre une contribution pour publication. Si l'on ne saurait admettre qu'un justiciable s'exonère ainsi de ses responsabilités, l'insertion d'un disclaimer permet néanmoins à l'éditeur de supprimer en règle générale le risque d'assimilation à l'auteur de la publication. Cette affirmation sera nuancée si l'éditeur se réserve le droit de modifier le contenu des contributions soumises. En outre, il est évident qu'un disclaimer n'offre aucune protection à l'éditeur contre une condamnation en application de l'article 28 al. 2 CP.

N'étant pas auteur, l'éditeur peut encore être responsable subsidiairement en vertu de l'article 28 al. 2 CP, soit en tant que rédacteur responsable, soit en tant que personne responsable de la publication. Ces notions constituent un renvoi à l'article 322 CP qui impose aux entreprises de médias de fournir – spontanément ou sur demande – certains renseignements au public. Le rédacteur responsable correspond au titre assumé par un membre de l'équipe rédactionnelle, alors que la personne responsable de la publication sera la personne qui, au sein de l'entreprise de média, était matériellement en position d'empêcher la publication illicite³⁶. Indépendamment de sa qualification en tant que rédacteur responsable ou de personne responsable de la publication, l'éditeur endossera une responsabilité subsidiaire, qui ne sera engagée que dans les cas où l'auteur de la contribution illicite est inconnu ou qu'il ne peut être jugé en Suisse.³⁷

Bien que subsidiaire, la responsabilité de l'éditeur sera néanmoins fréquemment mise en œuvre, en raison des nombreux obstacles qui souvent empêchent de rechercher la responsabilité primaire de l'auteur. Tout d'abord, il sera souvent difficile pour un site interactif d'identifier l'auteur d'une contribution externe illicite, les données remises par les internautes (nom, prénom, adresse e-mail) ne présentant aucune garantie d'exactitude et les éditeurs ne disposant pas de réels moyens de vérification. Quant à l'adresse IP de l'utilisateur, elle permettra d'identifier la connexion Internet depuis laquelle une contribution externe a été envoyée, mais généralement pas d'identifier l'auteur de cette publication³⁸.

En outre, même une fois l'auteur identifié, il n'est pas certain que celui-ci puisse être déféré devant un tribunal suisse et que l'éditeur échappe ainsi à toute responsabilité. Les moyens juridiques permettant d'attirer un auteur résidant à l'étranger devant les tribunaux suisses restent très limités et les probabilités qu'une extradition soit ordonnée en relation avec un délit de presse sont très faibles³⁹. A cet égard, les risques encourus par les éditeurs seront inégaux selon que leur site s'adresse à un public local, ou qu'il a une vocation internationale.

Il peut arriver que l'éditeur connaisse l'identité de l'auteur d'une contribution, mais qu'il veuille protéger celui-ci de poursuites pénales. Dans une telle situation, et malgré l'absence de jurisprudence sur ce point, nous défendons l'idée que l'éditeur peut invoquer l'article 28a CP pour refuser de révéler l'identité de l'auteur aux autorités. Le cas échéant, et pour autant que les différentes conditions de l'article 28a CP soient remplies, l'éditeur sera protégé contre les sanctions prévues par le droit de procédure, mais deviendra lui-même responsable en vertu de l'article 28 al. 2 CP. Aussi, l'éditeur choisira soit de révéler l'identité de l'auteur aux autorités et ainsi d'échapper à toute responsabilité, pour autant que l'auteur puisse être jugé en Suisse, soit de taire cette information et d'assumer la responsabilité de l'infraction. Cette prérogative ne lui sera toutefois ouverte que jusqu'à l'ouverture d'une poursuite pénale⁴⁰.

33 Gilliéron, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ 2001 II p. 181 ss, 187.

34 ATF 82 IV 71, ATF 73 IV 218 = JdT 1948 IV 5; c.f. Dupuis/Geller/Monnier/Moreillon/Piguet, op. cit., ad 28 CP N 4.

35 Une exception doit néanmoins être faite s'agissant de l'éventualité prévue à l'article 28 al. 3 CP, soit lorsque la publication est faite à l'insu de son auteur.

36 FF 1996 IV 560.

37 Gilliéron, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, SJ 2001 II p. 181, 187.

38 Pour obtenir l'identité du détenteur d'une connexion Internet sur la base d'une adresse IP ou de l'identité du titulaire d'une adresse e-mail, un juge pénal devra ordonner la levée du secret des télécommunications.

39 Dans le contexte européen, une extradition est cependant envisageable pour des «délits de presse», c.f. article 2 al.1, Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

40 VS: Cour pénale, arrêt du 4.12.1980, in RVJ p. 432, in Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, éd. Bis & Ter, Lausanne, 2007, ad art. 28 N2.2.

IV. Défaut d'opposition et moyens de défense à disposition de l'éditeur

La responsabilité subsidiaire de l'éditeur selon l'article 28 al. 2 CP n'est pas automatique. En vertu de l'article 322^{bis} CP, ce n'est que si l'éditeur s'est rendu coupable, par intention ou par négligence, de défaut d'opposition à une publication illicite qu'il sera condamné. L'article 322^{bis} CP sanctionne une infraction de résultat. Il est indispensable à sa réalisation qu'une publication constituant un délit de presse paraisse dans un média. Un premier moyen de défense pour l'éditeur consistera donc à contester la réalisation de l'infraction primaire. L'éditeur mis en cause se trouvera alors dans la situation inhabituelle de contester l'existence d'une infraction commise par un tiers. A cette fin, il recourra aux moyens de défense dont disposerait le tiers auteur de l'infraction, s'il devait répondre lui-même de ses actes.

Reprenons l'exemple d'un commentaire diffamatoire. S'il est jugé en Suisse l'auteur du commentaire disposera de deux preuves libératoires possible – la preuve de la vérité et la preuve de la bonne foi – qui, si elles sont admises, lui permettront d'échapper à toute condamnation⁴¹. L'éditeur d'un média poursuivi pour défaut d'opposition à une publication diffamatoire peut prétendre aux mêmes preuves libératoires que s'il était lui-même poursuivi pour diffamation⁴². Il sera ainsi acquitté s'il prouve que les allégations de l'auteur étaient conformes à la vérité ou qu'il avait lui-même des raisons suffisantes pour, de bonne foi, les considérer comme telles. La preuve de la vérité est objective, alors que la preuve de la bonne foi requiert un examen subjectif des faits, dans le cadre duquel l'éditeur devra démontrer qu'ayant usé de toutes les précautions et de la vigilance commandées par les circonstances, il a tenu les allégations de l'auteur pour véridiques. Le test portera ainsi sur l'exercice de son devoir de diligence et l'examen de la bonne foi de l'éditeur tendra à se confondre avec celui, abordé ci-après, de sa négligence au sens de l'article 322 CP⁴³.

Si l'infraction primaire est réalisée et que la publication est illicite, l'éditeur pourra encore contester son intention ou sa négligence dans le fait de ne pas s'y être opposé. L'intention sera retenue lorsque l'éditeur a omis avec conscience et volonté de s'opposer à une publication illicite⁴⁴. Une telle intention sera flagrante lorsque l'éditeur identifie une contribution externe comme illicite et qu'il décide néanmoins de la publier. Selon la théorie du dol éventuel, l'intention délictueuse de l'éditeur sera également retenue lorsque celui-ci publie une contribution externe, sans avoir conscience que cette publication constitue un délit de presse, mais qu'il en accepte l'éventualité.

Pour contester sa négligence, l'éditeur devra démontrer qu'il a «usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle»⁴⁵. Selon le Tribunal fédéral, les précautions que l'éditeur peut prendre afin d'éviter une publication illicite dépendent du genre de moyen de communication utilisé, des risques spécifiques liés à ce moyen de communication et du degré de confiance que l'éditeur peut accorder à ses collaborateurs⁴⁶. Le TF insiste également sur les limites de l'exercice en soulignant qu'à l'impossible nul n'est tenu⁴⁷.

Plusieurs types de précautions peuvent être mis en œuvre afin de réduire les risques de publications illicites. L'éditeur peut agir préventivement en intégrant dans les conditions gé-

nérales d'utilisation de son site l'interdiction de poster certains types de publications. Le mécanisme le plus efficace est sans doute la modération *a priori* (screening) qui consiste à ne publier des contributions externes qu'après vérification de leur contenu. Une telle mesure exige toutefois des moyens humains très importants, certains sites recevant des centaines de commentaires quotidiennement. En outre, par la nécessité de vérifier chaque contribution reçue, un tel mécanisme diminue l'interactivité du site (et donc son attractivité), un laps de temps plus ou moins long séparant l'envoi par l'internaute de sa contribution et la publication de celle-ci. Pour ces différentes raisons, la majorité des sites interactifs n'opère une modération qu'*a posteriori*, en acceptant de publier toutes les contributions reçues, puis en retirant du site les publications illicites. Il n'est pas certain que cette mesure suffise à éviter une condamnation selon l'article 322^{bis} CP, car formellement elle n'empêche pas la publication de contenus illicites, mais ne fait que réduire la durée pendant laquelle cette publication sera visible par d'autres internautes. Nous soutenons quant à nous qu'un contrôle *a posteriori* (qui correspond aux standards de l'industrie) répond, s'il est correctement exercé, à un niveau de diligence suffisant, en vertu du sage principe rappelé par les juges fédéraux selon lequel *ultra posse nemo tenetur*.

La qualité de la modération d'un site dépendra toujours du facteur humain. De ce point de vue, un éditeur diligent veillera à ce que le ou les modérateurs reçoivent une formation adéquate, qui leur permette d'identifier les risques liés aux contenus externes et d'apprécier (du moins *prima facie*) leur caractère licite ou non. Par exemple, s'agissant d'un commentaire qui pourrait être diffamatoire, le modérateur se demandera si le commentaire est crédible, si les faits allégués sont vraisemblables, si l'internaute vise un intérêt public digne de protection ou si, au contraire, son but est d'abord de nuire à la réputation de la victime. Idéalement, l'éditeur devrait adopter des lignes directrices qui servent à guider l'équipe éditoriale dans sa gestion des contributions externes. Ces directives pourraient par exemple imposer des exigences minimales telles que le refus des contributions qui ne respectent pas un niveau minimal de décence dans la critique ou qui usent de langage inutilement offensant ou grossier. En fin de compte, chaque média se positionnera sur l'échelle du risque en relation avec sa vocation et/ou son public cible. Un site qui se nourrit de la polémique et de l'actualité «people» aura tendance à courir un risque

41 C.f art. 173 al. 2 CP, «L'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies». L'admissibilité de ces preuves libératoires est limitée par l'article 173 al. 3 CP qui prévoit que «L'inculpé ne sera pas admis à faire ses preuves et il sera punissable si ses allégations ont été articulées ou propagées sans égard à l'intérêt public ou sans autre motif suffisant, principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui, notamment lorsqu'elles ont trait à la vie privée ou à la vie de famille.»

42 ATF 130 IV 121.

43 ATF 130 IV 121, c. 1.8.

44 Article 12 al. 2 CP.

45 Article 12 al. 3 CP.

46 ATF 130 IV 121 c. 1.8.2 et les références citées.

47 Ibidem.

plus élevé. Un média d'information générale ou à vocation scientifique sera tendanciellement plus enclin à restreindre la liberté d'expression de ses clients ou usagers.

V. Remarques sur le régime général de responsabilité

Pour toutes les infractions qui ne sont pas des délits de presse, la responsabilité de l'éditeur sera définie au regard du régime général de responsabilité des articles 24 et 25 CP. Contrairement à l'article 28 CP, ces règles générales permettent que l'éditeur et l'auteur de la contribution externe soient tous deux condamnés pour la même infraction réalisée par le biais de la mise en ligne de la contribution. Selon les circonstances du cas d'espèce, l'éditeur pourra être reconnu comme complice de l'auteur de la contribution, comme co-auteur ou comme instigateur.

En règle générale, si une infraction autre qu'un délit de presse est commise par le biais d'une publication sur Internet, le fournisseur de contenu sera considéré comme l'auteur de cette infraction. Le fournisseur d'hébergement (au sens étroit) ne connaissant généralement pas l'utilisation que font ses clients de l'espace mis à leur disposition, sa responsabilité ne sera engagée que si après avoir été rendu attentif à l'existence d'un contenu illicite sur un site qu'il héberge, il omet de bloquer l'accès à celui-ci⁴⁸.

Dans un arrêt de mai 2008, le Tribunal fédéral a pour la première fois examiné à quelles conditions l'exploitant d'un forum de discussion en ligne pouvait être tenu pénalement responsable de la publication d'informations illicites⁴⁹. Cet arrêt concernait le cas d'un forum sur lequel étaient «postées» des vidéos encourageant les actions terroristes contre des Occidentaux. Le reproche adressé à l'exploitant était la mise à disposition d'une plateforme en ligne d'expression et d'échange d'informations (non la simple omission de retirer les contenus illicites du site). Selon les juges fédéraux, l'exploitation d'un forum de discussion est indissociable du risque que des contenus illégaux y soient déposés, et les juges de poursuivre: «Si, en lui-même, ce risque n'excède pas ce qui peut être admis en société (*Sozialadäquanz*) et ne permet vraisemblablement pas de fonder une obligation de surveillance permanente, tel n'est plus le cas lorsque l'exploitant du forum a effectivement connaissance de la présence de ce contenu illégal sur son site»⁵⁰. Dans un tel cas, l'exploitant assume l'obligation de supprimer le contenu litigieux de son site, en vertu du principe non écrit selon lequel il incombe à celui qui crée un danger de prendre les mesures nécessaires pour en éviter les conséquences. En l'espèce, l'exploitant, qui avait admis partager l'opinion véhiculée par la vidéo incriminée, a été condamné en tant qu'auteur de l'infraction de soutien à une organisation criminelle, le Tribunal fédéral estimant que sa participation dépassait l'assistance à l'auteur fournie par un complice.

Bien que rendu dans un contexte spécifique, le «cyberjihad» (qui a certainement poussé les juges à faire preuve de fermeté), cet arrêt permet de tirer des enseignements utiles pour la gestion des contributions externes. Reprenant l'idée que l'exploitant ne peut être tenu à l'impossible, le Tribunal fédéral semble exclure l'obligation de procéder à une surveillance per-

manente de la licéité des contributions externes publiées. En revanche, une fois que le responsable du site apprend, par lui-même ou d'un tiers, la présence d'un contenu illicite, il est, dans tous les cas, tenu de retirer celui-ci. En outre, sans indice concret permettant de lier l'éditeur aux opinions véhiculées par les contributions externes illicites, l'éditeur ne peut être tenu pour responsable que de l'assistance prêtée à la commission de l'infraction par l'auteur. Le Code pénal excluant la complicité par négligence, l'éditeur doit donc avoir eu conscience et volonté de prêter assistance à l'auteur.

Sommaire L'Internet participatif a rapidement conquis tous les secteurs du réseau et les nouvelles pratiques qu'il engendre créent un risque pénal important pour les éditeurs de médias en ligne. Alors que le Conseil fédéral vient de renoncer à introduire dans le Code pénal des dispositions topiques en matière d'infractions commises par Internet, l'application des dispositions pénales au phénomène du «WEB 2.0» ne va pas sans difficultés tant pratiques que juridiques. Si des questions demeurent, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et les exemples tirés de la pratique étrangère offrent d'intéressantes pistes de réflexion, et ébauchent des solutions permettant aux exploitants de sites participatifs de se prémunir contre le risque de poursuites pénales.

Summary The participant internet has quickly conquered all the network domains and the new practices it creates breed a severe criminal risk for the on-line media creators. Whereas the Federal Council just gave up introducing specific measures about on-line offences in the criminal code, the application of the criminal clauses to the «web 2.0» phenomenon doesn't come without any difficulties, for practical as much as legal matters. As questions still remain, the recent Federal Court jurisprudence and the examples being taken from the foreign practices show some interesting leads and give a few hints about solutions that could enable the participant websites runners to protect themselves against lawsuits.

48 Voir le rapport de la Commission cybercriminalité.

49 Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008, 6B_645/2007 6B_650/2007 /rod.

50 Idem, c. 7.3.4.4.2.