

Die Seite des SF | La page du FS

Développements récents en droit des médias

Colloque organisé conjointement par le Forum Suisse pour le Droit de la Communication et Presse Suisse à Lausanne le 4 novembre 2010

YANIV BENHAMOU*

- I. Revue de jurisprudence – tour d’horizon des décisions rendues en droit des -médias en 2009 et 2010**
 - 1. Transparence
 - 2. Radio-TV
 - 3. Droit de la personnalité
- II. Intervention de tiers dans les forums de discussion des entreprises de presse: quelle responsabilité pour les éditeurs, quelles précautions à prendre?**
 - 1. Le délit de presse 2.0
 - 2. Situation à l'étranger
 - 3. Suisse
- III. Droit pénal et nouvelle procédure pénale: des changements pour les médias?**
 - 1. Journaliste témoin
 - 2. Journaliste prévenu
 - 3. Journaliste
 - 4. Journaliste citoyen
- IV. Rôle du Conseil suisse de la presse: table ronde**
 - 1. Prises de position du CSP
 - 2. Différence entre le droit et la déontologie
 - 3. Le CSP et les procédures judiciaires: relations entre ces procédures posant problème
 - 4. Internet, sphère privée et utilisation d'informations tirées des blogs et des réseaux sociaux

I. Revue de jurisprudence – tour d’horizon des décisions rendues en droit des médias en 2009 et 2010

1. Transparence

Dans sa présentation «Revue de jurisprudence – tour d’horizon des décisions rendues en droit des médias en 2009 et 2010», NICOLAS CAPT, avocat à Genève, présente deux décisions du TF concernant le principe de la transparence¹ et rappelle que, conformément à la Loi sur la transparence (LTrans), il existe un droit d'accès général aux décisions judiciaires mais que ce droit peut souffrir d'exceptions lorsqu'un intérêt général prévaut.

2. Radio-TV

CAPT présente ensuite cinq décisions du TF concernant la radio-TV. Dans la décision «Le juge, le psy et l'accusé»², un expert psychiatre a reproché à la SSR de diffuser une émission non conforme à la Loi sur la radio et la télévision (LRTV) en raison des faits exposés et de la manière dont ils l'ont été. Le TF a précisé que, pour déterminer si des faits présentés dans une émission sont conformes à la LRTV, il faut considérer l'émission dans son ensemble et non uniquement le volet concerné. Dans une décision relative à la protection des sources³, le TF a rappelé que le secret rédactionnel peut souffrir d'exceptions lorsqu'il existe un intérêt prépondérant. Dans l'arrêt «Tard pour Bar», l'humoriste français DIEUDONNE s'est plaint d'une violation de la LRTV en raison des propos supposément racistes tenus par le producteur PASCAL BERNHEIM. Le TF a analysé les propos du producteur sous l'angle de la

* Doctorant, avocat-stagiaire.

¹ ATF du 6 octobre 2010, 1C_322/2010, «Roland Nef»; ATF du 19 mai 2010, 1C_522/2009, «La Liberté c. DFJP».

² ATF du 1er mai 2009, 2C_862/2008.

³ ATF du 23 décembre 2009, 5A_295/2009.

satyre et a considéré celle-ci comme un mode d'expression ambiguë mais admissible, notamment lorsqu'elle a lieu dans un contexte humoristique et ironique. Selon CAPT, cette décision est critiquable, car la controverse que l'émission a soulevée dans le public et dans les médias montre bien que les téléspectateurs ne considéraient pas nécessairement l'intervention du producteur comme satyrique. Il est par ailleurs difficile de tracer la frontière entre le franc-parler et la satire. Dans l'arrêt «Verein gegen Tierfabriken»⁴, Publisuisse SA et la SSR refusaient de diffuser un spot publicitaire sur les animaux de rente. Après plusieurs décisions de la CEDH et de sa Grande Chambre, le TF a finalement considéré que la diffusion du spot n'était pas contraire à la LRTV.

3. Droit de la personnalité

CAPT présente une décision de la CEDH concernant les droits de la personnalité. Dans l'arrêt «Ici Paris»⁵, les éditions Hachette Filipacchi Associés ont reproché aux tribunaux français d'avoir retenu une atteinte à la vie privée du chanteur français Johnny Hallyday pour des photographies qui le représentaient vantant des produits pour lesquels il avait autorisé l'usage de son nom et de son image. Selon la CEDH, les clichés sont de nature publicitaire et donc utilisés conformément à leur nature. Les clichés n'avaient pas pour objet de nuire et comportaient une dose de provocation admissible. Enfin, il n'y a pas davantage d'atteinte à la vie privée car l'artiste bénéficiait d'un degré de protection affaibli en raison de la révélation antérieure, par le chanteur lui-même, de la façon dont il gérait et dépensait son argent.

II. Intervention de tiers dans les forums de discussion des entreprises de presse: quelle responsabilité pour les éditeurs, quelles précautions à prendre?

1. Le délit de presse 2.0

Dans sa présentation sur l'«Intervention de tiers dans les forums de discussion des entreprises de presse: quelle responsabilité pour les éditeurs, quelles précautions à prendre?», GILLES ROBERT-NICOUD, avocat, chargé de cours HEC, explique d'abord que les internautes peuvent, par le biais de commentaires en ligne («post»), porter différentes atteintes, notamment à l'honneur (diffamation, calomnie, injure), à la paix publique (provocation publique au crime ou à la violence; art. 259 CP), à la liberté de croyance et des cultes (art. 261 CP), la discrimination raciale (art. 261bis CP), l'outrage à des agents étrangers (art. 296 CP) ou à des institutions interétatiques (art. 297 CP) ou des actes de dénigrement (art. 3 let. a LCD).

2. Situation à l'étranger

Aux Etats-Unis, après qu'un tribunal a admis la responsabilité d'un serveur pour des messages illicites postés en raison d'un logiciel de filtrage et de lignes directrices sur l'admissibilité de contenu des posts⁶, le Congrès américain a adopté une loi précisant que l'exploitant d'un forum de discussions en ligne n'est pas considéré comme un éditeur et n'encourt aucune responsabilité pour les messages illicites postés (excepté les violations de droits de propriété intellectuelle et de droit pénal fédéral)⁷. En France, avant 2004, les exploitants de forum de discussion avaient un devoir général de surveillance⁸. Avec la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les exploitants d'un forum non modéré ou modéré a posteriori (absence de «fixation préalable») étaient considérés comme de simples hébergeurs s'ils assuraient le stockage direct des messages diffusés sans porter de regard préalable sur ces derniers⁹. Avec la loi HADOPI du 12 juin 2009, les exploitants de forum n'encourent de responsabilité que s'ils ont une connaissance effective du message avant sa mise en ligne ou, dès le moment où ils en ont connaissance, s'ils n'agissent pas promptement pour le retirer¹⁰. En Allemagne, avant 2007, ils avaient un devoir général de surveillance¹¹. Avec l'adoption de la Telemedienge-

⁴ ATF du 4 novembre 2009, 2F_6/2009.

⁵ ACEDH Hachette Filipacchi Associés c. France 12268/03 du 23 juillet 2009.

⁶ «Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.», 1995 WL 323710 (1995); cf. également, «Cubby v. CompuServe Inc.», No. 90 Civ. 6571 (1991).

⁷ «Section 230 Communications Decency Act 1996 («CDA»).

⁸ TGI de Rennes du 27 mai 2002, «Scouts d'Europe»; TGI de Lyon du 28 mai 2002, «père-noel.fr»; TGI de Toulouse du 5 juin 2002, «Domexpo».

⁹ TGI de Lyon du 21 juillet 2005, «Groupe Mace c/ Gilbert D.».

¹⁰ Cf. première décision postérieure à l'HADOPI: TGI de Paris du 9 octobre 2009, «Carl Z c/ Claire C.».

¹¹ OLG Hamburg du 26 février 2007, «Heise».

setz du 26 février 2007, ils n'encourent aucune responsabilité pour les informations de tiers s'ils n'en ont pas connaissance ou si, dès le moment où ils en ont connaissance, ils prennent rapidement des mesures pour supprimer les informations illicites.

ROBERT-NICOUD observe que, avant les lois spéciales précitées, la jurisprudence des trois pays évoqués a tranché la question de la limite entre l'activité d'hébergement (simple stockage de l'information) et la fourniture de contenu (contrôle éditorial) et que, paradoxalement pour éviter d'engager sa responsabilité, l'exploitant devait éviter d'exercer une quelconque surveillance.

3. Suisse

a) Responsabilité civile et pénale de l'entreprise de presse pour le courrier de lecteurs

ROBERT-NICOUD examine d'abord les principes de responsabilité sous l'angle de la publication de courrier des lecteurs. D'un point de vue déontologique, selon le Conseil Suisse de la Presse (CSP), la publication de courrier des lecteurs relève de la responsabilité de la rédaction et suppose l'application de règles de déontologie professionnelle (droit de refuser la publication, signature nécessaire de leur auteur, etc.)¹². La responsabilité civile de l'éditeur de courrier des lecteurs est régie par les art. 28 et 28a CC qui permettent d'actionner en responsabilité l'auteur du courrier ainsi que toute autre personne ayant participé au message dommageable, notamment l'organe de presse qui l'a diffusé¹³. La responsabilité pénale est régie par les art. 28 et 322bis CP qui prévoient, pour les «délits de médias», une responsabilité primaire et exclusive de l'auteur et une responsabilité subsidiaire du rédacteur ou, à défaut, du responsable de publication, pour défaut d'opposition à une publication si l'auteur ne peut être découvert ou traduit en justice en Suisse.

b) Responsabilité civile et pénale de l'entreprise de presse pour le post

ROBERT-NICOUD examine ensuite ces principes de responsabilité sous l'angle des commentaires en ligne («post»). Il constate que la pratique des éditeurs varie en fonction de plusieurs facteurs, notamment du caractère ouvert ou restreint du forum, de l'utilisation de logiciels de filtrage, des ressources humaines (formation, moyens, instructions, etc.), d'une modération a priori ou a posteriori, des thèmes discutés, des heures d'ouverture et du processus d'identification (informations requises, adresses e-mail, de domicile, vérification ou simple inscription, etc.).

S'agissant de la responsabilité civile, les art. 28 et 28a CC supposent de vérifier s'il existe des motifs justificatifs (consentement de la victime, intérêt prépondérant privé ou public). Il semble toutefois difficile de faire valoir un intérêt public prépondérant à l'égard d'un «post». Par ailleurs, la tendance pourrait être de considérer les forums de discussion comme une activité à risque qui suppose des mesures de précaution particulières. Dans une décision relative à un site islamiste radical, le TF a ainsi considéré que l'exploitant a une obligation de surveillance et de suppression du contenu litigieux, s'il a effectivement connaissance de la présence de contenu illégal sur son site ou lorsque le risque excède ce qui est admissible¹⁴.

S'agissant de la responsabilité pénale, les art. 28 et 322bis CP ne limitent pas les cas de responsabilité à la connaissance préalable du contenu illégal ou l'absence de réaction immédiate dès la connaissance du contenu illégal, contrairement à la situation en France et en Allemagne. La responsabilité pénale de l'éditeur peut être engagée lorsque l'auteur du post illicite reste inconnu ou qu'il ne peut être traduit en justice en Suisse. Puisque l'identification est difficile en pratique, notamment lorsque l'auteur du post illicite se «cache» derrière une adresse IP à l'étranger, ROBERT-NICOUD suggère aux éditeurs certaines mesures: établissement d'une charte éthique (expliquer aux lecteurs qu'ils sont eux-mêmes responsables), identification de l'internaute avec code d'accès, limitation des heures d'ouverture et des sujets de discussion, formation du personnel, signalement des abus aux webmasters, collecte d'adresses IP avec le consentement exprès de l'internaute.

¹² Directive 5.2; prise de position du 15 décembre 1999 sur la publication de lettres à contenu raciste, Recueil 1999 174; cf. également prise de position 53/2007 et prise de position 55/2007.

¹³ ATF 106 II 92, JdT 1981 I 518, «Weltwoche I».

¹⁴ ATF du 2 mai 2008, 6B_645/2007.

III. Droit pénal et nouvelle procédure pénale: des changements pour les médias?

Dans sa présentation sur le «Droit pénal et nouvelle procédure pénale: des changements pour les médias?», GILLES MONNIER, avocat et professeur remplaçant à l'UNIL, observe d'abord que le nouveau code de procédure pénale (CPP) n'apporte pas de changement essentiel dans le droit des médias mais introduit certaines nouveautés par rapport aux procédures cantonales.

1. Journaliste témoin

S'agissant du journaliste témoin, la règle principale est celle de la protection des sources et prévoit que le journaliste témoin est à l'abri de mesures de rétorsion s'il refuse de témoigner sur l'identité de l'auteur ou sur le contenu et les sources de ses informations, à l'exception des cas restrictivement énumérés par la loi (art. 28a CP; art. 172 CPP). Dans cette dernière hypothèse, les tribunaux doivent donc procéder à une pesée des intérêts. MONNIER cite plusieurs arrêts de la Cour EDH concernant cette pesée des intérêts¹⁵ et observe que la Cour accorde une nette prévalence à la protection des sources. Il cite également plusieurs arrêts concernant les intérêts adverses (droit de l'individu à briser les secrets qui lui portent atteinte)¹⁶, ainsi que l'arrêt «Sanoma Uitgevers B.V.»¹⁷, qui rappelle l'arrêt «Goodwin» et le principe de la protection des sources, mais ouvre l'accès aux «matériaux journalistiques» (notes, enregistrements, photographies), lors même que ceux-ci présentent le risque de permettre l'identification de la source. MONNIER souligne à cet égard l'opinion dissidente de la Juge ANN POWER: «Je considère que l'arrêt rendu par la Cour va quasiment supprimer toute possibilité pour les journalistes de se fier entièrement au principe général en vertu duquel leurs sources confidentielles et les éléments obtenus grâce à elles sont protégés par la loi.»

2. Journaliste prévenu

S'agissant du journaliste prévenu, MONNIER examine la question plus particulièrement sous l'angle de la preuve de la bonne foi ou de la vérité, objet de l'art. 173 ch. 2 CP. Il aborde plusieurs arrêts de la CEDH et du TF qui mettent en balance les intérêts en jeu¹⁸, ainsi que la Recommandation R (2000) 7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information et l'Exposé des motifs y afférent. Il évoque ensuite plusieurs dispositions topiques du CPP. L'art. 247 CPP prévoit l'idée du tri préalable, en permettant de séparer les documents dont le contenu est protégé des autres afin d'éviter qu'apparaissent des documents secrets. L'art. 149 CPP prévoit la prise de mesures appropriées, notamment en assurant l'anonymat de la personne à protéger, lorsque le témoin ou le prévenu est exposé à un inconvénient grave. L'art. 102 CPP prévoit la mise en place de mesures pour protéger les intérêts légitimes au maintien du secret en cas de demande de consultation des dossiers. MONNIER rappelle enfin, en lien avec ces dispositions et les jurisprudences précitées, le principe de l'interprétation conforme à la Constitution¹⁹.

3. Journaliste

Le CPP rappelle les grands principes, soit notamment celui de la présomption d'innocence et de l'appréciation des preuves (art. 10 CPP). Il consacre par ailleurs le principe de publicité de l'audience et des débats (art. 69 CPP). Ce principe peut être restreint mais la presse peut être autorisée à assister à des débats à huis clos en cas d'intérêt légitime (art. 70 al. 3 CPP). Il existe également une règle sur l'admission des chroniqueurs (art. 72 CPP) mais elle concerne essentiellement les directives sur les locaux et les accréditations.

4. Journaliste citoyen

S'agissant du journaliste citoyen, MONNIER considère qu'à certaines conditions, restrictives, le principe de protection des sources lui est applicable (art. 28a CP). La condition d'activité «professionnel-

¹⁵ CEDH du 27 novembre 2007, Requête n° 20477/05, «Tillack»; ATF 132 I 181; 123 IV 236, JT 1999 IV 177; Arrêt du TF, 5A.295/2009, SJ 2010 I 401.

¹⁶ CEDH du 26 mars 1987, Publications de la CEDH, A/116, «Leander»; CEDH du 7 juillet 1989, Publications de la CEDH, A/160, «Gaskin»; ATF 122 I 360; 122 I 153; 113 Ia 257, JT 1989 IV 121; 113 Ia 1, JT 1987 IV 109; SJ 1990, 561; ZBI 1992, 362.

¹⁷ CEDH du 31 mars 2009, Requête n° 38224/03, «Sanoma Uitgevers B.V.».

¹⁸ CEDH du 23 avril 1992, Rec. n° 11798/85, «Castells c. Espagne»; CEDH du 27 janvier 1997, Rec. 1997 I, «De Haes et Gijssels»; TF du 23 décembre 2009, 5A_295/2009, SJ 2010 I 401 c. 4.4.

¹⁹ Arrêt du TF, 5A.295/2009, SJ 2010 I 401 c. 4.4.

le» peut être contestée. Reste que, compte tenu des critères retenus en la matière par le TF, en termes de qualitatif et de quantitatif, il faut admettre que le journaliste citoyen peut remplir la condition de l'activité professionnelle.

IV. Rôle du Conseil suisse de la presse: table ronde

Ces présentations ont été suivies par une table ronde au sujet du animée par YVES BURNAND, avocat, et composée de deux journalistes et anciens membres du CSP, SYLVIE ARSEVER et DANIEL CORNU, et de deux avocats, Mes CHARLES PONCET et MATTHIAS SCHWAIBOLD. Afin d'introduire le débat, BURNAND observe que les séminaires abordent souvent des questions de droit mais rarement celles de déontologie et de recommandations du CSP, alors que celles-ci influencent le travail du journaliste. Il estime par ailleurs important de tracer la frontière entre le droit et la déontologie. Il introduit ensuite les sujets suivants.

1. Prises de position du CSP

CORNU rappelle les origines historiques de la déontologie journalistique, qui remontent à la fin du 19ème siècle. A l'époque, l'industrialisation de la presse et la professionnalisation du journalisme ont conduit à l'élaboration de règles pratiques et à l'édiction de normes dans l'accomplissement du métier. Le but était aussi d'anticiper des actions en justice contre des journaux ou des journalistes. Cette déontologie s'exprime aujourd'hui à travers des textes comme la Déclaration dite «de Munich» (1971) et, en Suisse, la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste (1972, révisée et complétée par des Directives en 1999/2000).

CORNU définit ensuite le rôle du Conseil suisse de la presse. Le CSP a été créé en 1977 comme instance chargée de la surveillance de l'application des normes déontologiques. Il est composé de trois chambres qui interviennent sur plainte ou d'office (sur des sujets généraux, par ex. sur les photographies «choc», après l'accident de Lady Di).

BURNAND demande comment traiter le plaignant en cas de contestation sur les faits. CORNU explique que le CSP peut revenir vers les parties et leur demander des précisions, et ARSEVER précise que le CSP n'admet pas de plainte sur la base de faits contestés (le cas échéant, il peut ne prendre position que sur les faits établis, l'écartant là où les accusations du plaignant sont contestées, ou laisser la question ouverte). En outre, CORNU et ARSEVER soulignent que ces cas sont rares puisque le plus souvent, on discute d'un élément non contesté ni contestable: la présentation journalistique, article ou émission, mise en cause.

2. Différence entre le droit et la déontologie

BURNAND observe que l'on fait souvent une différence entre le droit et la déontologie, alors que ceux-ci se confondent dans certains domaines. Le journaliste est souvent concerné par des questions de droit (p.ex. secret professionnel et vie privée).

Selon CORNU, le droit et la déontologie poursuivent le même but; ils visent à établir des règles inspirées de la morale reconnue à une certaine époque par une société donnée. Leur statut est cependant différent; le droit est contraignant, tandis que la déontologie ne l'est pas et suppose une adhésion spontanée. Le CSP conserve pourtant un statut non négligeable. En raison de cette adhésion personnelle des journalistes, il ménage un espace de réflexion éthique plus important que les tribunaux ordinaires. Il «prend position» sans rendre de décision contraignante, mais il a une certaine autorité morale. CORNU observe qu'il a rencontré dans son métier plus de journalistes affectés par une prise de position défavorable du CSP que par une décision d'un tribunal. Selon ARSEVER, il existe une forte proximité entre la déontologie et le droit, mais la pondération des intérêts est différente (notamment s'agissant de l'anonymat et de la protection de la personnalité). Par ailleurs, le droit suppose d'adopter une solution ou une autre, tandis que la déontologie permet une approche plus nuancée. Selon SCHWAIBOLD, les prises de position du CSP sont en théorie non contraignantes, mais risquent d'influencer les tribunaux ordinaires de manière telle qu'elles en deviennent contraignantes dans les faits; il faut à son avis éviter que le CSP ait le rôle d'un tribunal ordinaire avec autorité de la chose jugée. Selon PONCET, la différence entre la déontologie et le droit est purement artificielle. A titre d'exemple, dans un procès ordinaire, une atteinte à la personnalité est présumée illicite, sauf s'il existe des motifs justificatifs. Or, dès qu'il existe un avis du CSP retenant une violation des règles

éthiques, le motif justificatif légal, civil ou pénal ne sera jamais reconnu, l'un excluant forcément l'autre.

3. Le CSP et les procédures judiciaires: relations entre ces procédures posant problème

BURNAND observe que, dans les procès civils, il arrive que le demandeur invoque une décision du CSP et influence fortement le juge.

PONCET évoque le concours entre la procédure ordinaire et la procédure du CSP. Il explique que le métier de journaliste est comparable aux autres professions libérales (p.ex. architectes, avocats ou médecins) et qu'il est légitime qu'un organisme privé s'exprime sur la déontologie. Or, la décision du CSP, sans avoir évidemment autorité de chose jugée, influence fortement, voire détermine, celle du juge civil ou pénal, en tout cas lorsqu'elle constate une violation des règles éthiques. Il est pratiquement exclu qu'il y ait fait justificatif civil ou preuve de la vérité, ou encore reconnaissance de la bonne foi au pénal, si la partie adverse peut se prévaloir d'un avis négatif du CSP. PONCET suggère soit de subordonner la saisine du CSP à un engagement du demandeur de ne pas saisir les tribunaux ordinaires, soit de prévoir une procédure d'arbitrage devant le CSP à la place de la procédure judiciaire. A défaut, le CSP devrait refuser de se saisir, ses «avis» n'étant ensuite d'aucune utilité s'ils sont favorables au journaliste, mais dangereux dans la procédure judiciaire s'ils lui sont défavorables. Un participant observe que le rôle du CSP s'étend au-delà des cas dans lesquels leur avis est utilisé en procédure judiciaire et évoque l'affaire «Keystone» dans laquelle le CSP s'est prononcé sur le principe de publicité ainsi que l'exemple des droits et des devoirs du journaliste qui a débouché sur une charte de rédaction.

4. Internet, sphère privée et utilisation d'informations tirées des blogs et des réseaux sociaux

BURNAND rappelle la prise de position no 43/2010 du CSP du 1er septembre 2010, dans laquelle le CSP s'est prononcé au sujet de l'internet et de la sphère privée et a considéré que les documents accessibles à chacun (réseau social comme Facebook, blogs personnels, forum, etc.) relèvent de l'espace public mais peuvent conserver un caractère privé suivant leur contenu. Dès lors, leur publication dans un autre média suppose une pesée des intérêts (droit du public à être informé, protection de la vie privée) et une prise en compte du contexte de la mise en ligne (nature du site, identité de l'auteur, intention de l'auteur).

SCHWAIBOLD et PONCET considèrent que cette prise de position est contradictoire, car elle prévoit de «créer un espace privé dans l'espace public»: dans un premier temps, elle dit que tout ce qui est sur l'internet relève de l'espace public et, dans un deuxième temps, qu'il peut néanmoins y avoir quelque chose de privé. CORNU observe que l'évolution de l'internet rend nécessaire la recherche de nouvelles solutions et évoque la formulation d'une juriste française qui évoque une conception de l'internet comme «espace privé ouvert au public». Il souhaiterait par ailleurs que la jurisprudence et la doctrine donnent une définition plus ferme des conditions des activités journalistiques sur Internet. ARSEVER observe que cette prise de position et le débat de ce jour illustrent le fait qu'il existe bien une frontière entre le droit et la déontologie et que la déontologie est plus soucieuse de protéger les interlocuteurs des médias contre eux-mêmes. Par ailleurs, la vocation première du CSP n'est pas de fonctionner comme un organe judiciaire, mais de se prononcer sur des questions déontologiques.