
1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

1.1 Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit – Libertés d'expression et de l'information, liberté des médias

14-8

Commentaires anonymes sur un site d'information et responsabilité des intermédiaires

Base légale; commentaires anonymes; diffamation; liberté d'expression; responsabilité des intermédiaires

Art. 10 CEDH

Décision de la Cour européenne des droits de l'homme «Delfi AS c. Estonie» (Grande Chambre) du 10 octobre 2013 (n^o 64569/09)

Résumé de l'état de fait pertinent:

La société anonyme estonienne Delfi AS possède l'un des plus importants sites Internet d'informations du pays (<http://www.delfi.ee>). En janvier 2006, Delfi publia sur son site Web un article concernant une société de ferries qui avait pris la décision de modifier l'itinéraire emprunté par ses navires pour rallier certaines îles. Cette modification avait engendré la rupture de la glace dans certains endroits où des routes de glace auraient pu être tracées plus tard dans l'année, et elle avait retardé de plusieurs semaines l'ouverture de telles routes, moyen moins onéreux et plus rapide que les ferries pour rallier les îles. Chaque lecteur de cet article était à même d'accéder aux messages des autres utilisateurs du site publiés sous l'article. Ce dernier avait généré de nombreux commentaires extrêmement injurieux ou menaçants à l'égard de la compagnie de ferries, respectivement de son propriétaire.

En avril 2006, le propriétaire de la compagnie de ferries engagea des poursuites contre la société Delfi. Un jugement fut rendu en juin 2008 et lui donna gain de cause: les commentaires litigieux furent jugés diffamatoires et de nature à engager la responsabilité de la société Delfi.

Le propriétaire de la compagnie de ferries se vit accorder 5000 couronnes estoniennes à titre de dommages et intérêts (soit 320 euros environ). La société Delfi saisit alors la Cour suprême, mais elle fut déboutée en juin 2009. Ayant estimé que Delfi procédait à un contrôle de la publication des messages apparaissant sur son site, la thèse selon laquelle ses activités de société de prestation de services Internet ou de stockage revêtaient un aspect purement technique, automatique et passif au sens de la directive de l'Union européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique fut rejetée.

Delfi a alors saisi la Cour, estimant que la mise en cause de sa responsabilité portait atteinte à sa liberté d'expression, puisqu'elle revenait, de facto, à la contraindre à mettre en place une politique de censure préventive de la liberté d'expression de ses utilisateurs et à l'empêcher de diffuser des informations créées par d'autres, soit les commentateurs. Son argumentation (cf. § B/1/a, n° 52 à 58, pp. 19 à 20 du jugement du 10 octobre 2013) se fondait principalement sur la directive précitée qui prévoit, entre autres, qu'un hébergeur n'a pas à contrôler de manière permanente ses sites, respectivement à rechercher des pratiques illicites et que sa responsabilité peut être limitée s'il supprime les contenus illicites dès qu'on les lui signale.

Le Gouvernement estonien arguait (cf. § B/1/b, n° 59 à 67, pp. 20 à 23 du jugement du 10 octobre 2013), quant à lui, du fait que Delfi avait démontré par l'adoption d'une politique sur les commentaires insultants (une note rappelait qu'ils étaient proscrits et un logiciel mettant en exergue les mots grossiers en vue d'un effacement automatique de ces commentaires, etc.) n'être pas un simple hébergeur passif, mais un hébergeur responsable.

La CEDH a rejeté le recours de Delfi.

La motivation de la décision de la Cour:

Cet arrêt reprend, de manière académique, les conditions de validité d'une ingérence étatique en matière de liberté d'expression (art. 10 CEDH). La première condition a trait à l'existence d'une base légale. La Cour constate que l'ingérence se fonde sur la législation estonienne, soit les dispositions du Code civil pour retenir la responsabilité de la société Delfi et lui imposer une sanction. La Cour met à cet égard en exergue le fait que l'interprétation du droit interne à l'aune du droit de l'UE appartient aux juridictions nationales (The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention [§ B/3/b, n° 74, p. 24]). Le caractère proportionné de l'atteinte fait ensuite l'objet d'un examen approfondi. La Cour considère à charge de Delfi que le procédé de filtrage implémenté n'a pas permis de retirer rapidement les messages injurieux. Elle ajoute, singulièrement, que Delfi aurait dû prévoir la virulence des réactions des internautes en raison du caractère sensible de l'information publiée. Une vigilance accrue relativement aux commentaires s'imposait en conséquence. La Cour a également considéré la difficulté de poursuivre directement les auteurs des commentaires (nombreux commentaires anonymes, poursuites fastidieuses à l'encontre de nombreuses personnes physiques, etc.). Finalement, la légèreté de la sanction prononcée a joué un rôle

puisque l'indemnisation est somme toute modique (320 euros) et que Delfi n'a pas été condamnée à mettre en place des mesures de protection des droits des tiers pour le futur.

Cet arrêt n'est pas définitif, puisqu'une demande de réexamen devant la Grande Chambre a été introduite dans le délai de trois mois (article 44 § 2 CEDH) et que la Cour a accepté le 17 février 2014 le renvoi devant la Grande Chambre.

Annotations Cet arrêt a généré de nombreux commentaires et une inquiétude quasi unanime (Pour «The Guardian», la décision obligerait les sites d'informations à retirer les commentaires de certains articles avant même qu'on les signale; pour un résumé des réactions: <http://www.slate.fr/life/78910/commentaires-sites-internet-decision-cedh-estonie-ferrys>). Le renvoi devant la Grande Chambre est une excellente nouvelle, car elle permettra de dissiper certains doutes légitimes et d'établir une jurisprudence claire, tant il est vrai que la motivation peut apparaître surprenante, notamment lorsqu'est évoqué le caractère prédictible de certains excès devant générer un surcroît de prudence et a fortiori un devoir accru de surveillance. La portée de l'arrêt est toutefois intrinsèquement limitée, du fait de la particularité de la législation civile estonienne, laquelle semble peu propice (The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention

medialex 2014 - S. 24

[§ B/3/b, n° 74, p. 24]) à la poursuite des commentateurs qui excèdent les normes légales. Si cet arrêt n'est pas réformé ou nuancé par la Grande Chambre, cela signifiera en définitive un renforcement du contrôle préventif, ce qui signifie concrètement des dépenses supplémentaires, car il faudrait procéder à l'engagement de modérateurs parfaitement en fait des contraintes légales. La décision obligerait à un retrait des commentaires de certains articles avant même qu'ils ne soient signalés. Pour les personnes mises en cause par contre, cette jurisprudence devrait permettre d'obtenir un retrait rapide de tels commentaires, sans passer par la fastidieuse identification des auteurs, souvent anonymes.

La question topique qui résulte de cet arrêt, en droit suisse, est celle de savoir si une responsabilité peu être plus facilement engagée dans le cadre de l'action en dommage et intérêts (responsabilité pour faute). S'agissant des actions défensives, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans son arrêt du 14 janvier 2013 ([5A_792/2011](#)), la qualité pour défendre est largement reconnue, puisqu'il suffit d'avoir joué un rôle même secondaire dans la création ou le développement de l'atteinte, pour en répondre (L'hébergeur d'un blog est comparable à l'éditeur d'un journal, [medialex 2013, 78](#)). Il n'y a donc aucune incidence. La responsabilité pour faute des intermédiaires techniques s'en trouve-t-elle étendue? A lire la motivation relative notamment à la proportionnalité de l'atteinte, on peut effectivement le penser. La Cour estime en effet que Delfi «aurait pu réaliser qu'il pourrait causer des réactions négatives contre l'entreprise de ferries et ses responsables, et que, considérant la réputation générale des

commentaires sur le portail d'informations Delfi, il y avait un risque plus élevé que la moyenne que ces commentaires négatifs aillent au-delà des limites des critiques acceptables (cf. § B/3/d/ii, n° 86, p. 29 du jugement du 10 octobre 2013)». Delfi pouvait, selon la Cour, «savoir qu'un article allait être publié, prédire la nature des possibles commentaires qui allaient suivre et, par-dessus tout, prendre des mesures techniques ou humaines pour empêcher que des propos diffamatoires soient rendus publics (cf. § B/3/d/ii, n° 86, p. 29 du jugement du 10 octobre 2013)». Les avis exprimés à la suite de l'analyse de l'arrêt tendent également à démontrer qu'une extension de responsabilité est intervenue (cf. notamment Giancarlo Frosio, du Center for Internet and Society de la Stanford Law School: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2013/10/european-court-human-rights-holds-delfi-liable-anonymous-defamation>) dans le cadre réglementaire et législatif européen. Il en résulterait donc selon certains commentateurs (à titre exemplatif: <http://ip-it.philippelaw.eu/brouillon-auto-46/>) une prohibition des commentaires anonymes et une validation préalable des commentaires par les sites d'information. L'arrêt ne fonde toutefois pas une interprétation si extensive, même si, en pratique, compte tenu du coût supplémentaire généré par un contrôle préalable, c'est le résultat auquel l'on pourrait aboutir. De surcroît, comme il a été dit, la législation civile estonienne est peu satisfaisante, et la sanction était modique. La décision eût donc pu s'avérer différente dans l'hypothèse où des dommages et intérêts civils conséquents pouvaient être obtenus sans difficulté. En droit suisse, la faute qui est l'une des conditions de la réparation du dommage ne semble pas pouvoir être démontrée du seul fait du caractère litigieux prédictible d'une publication. Toutefois, contrairement à ce que prévoit le code de conduite de la SIMSA (Swiss Internet Industry Association), le principe de notification et de retrait (Notice and Take Down, cf. L'hébergeur d'un blog est comparable à l'éditeur d'un journal, [medialex 2013, 80](#)) est insuffisant pour la Cour, qui relève expressément que cela n'a pas permis d'éviter une atteinte aux droits des tiers (idem pour un disclaimer).

En conclusion, même si la portée de l'arrêt eu égard aux spécificités du cas semble limitée, le principe prudentiel impose la prise de deux mesures immédiates, à savoir la prohibition des commentaires anonymes (D'autres motifs fondés sur le droit suisse militent pour la prohibition des commentaires anonymes, cf. Sébastien Fanti, La fin des commentaires anonymes en ligne?, in: [medialex 2012, 185](#)) et la validation préalable à la publication des commentaires ... dans l'attente de la décision de la Grande Chambre, sur laquelle nous reviendrons bien évidemment.

Sébastien Fanti, Avocat, Sion
