
LA DIFFUSION DE PROPOS ATTENTATOIRES A L'HONNEUR SUR INTERNET

par

Philippe GILLIERON

docteur en droit

avocat-stagiaire à Lausanne

Si aucune décision n'a encore été rendue en Suisse sur le sujet à notre connaissance, nombreuses sont en revanche les décisions étrangères qui concernent la diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur le réseau¹. Cette contribution s'efforce d'examiner sous l'angle du droit suisse les questions auxquelles doit répondre le juriste pour que réparation puisse être réclamée à l'auteur du dommage ou à un tiers qui répond de la diffusion de ces propos sur le réseau. Après avoir examiné la situation sous l'angle du droit pénal (I), ce qui nous amènera à examiner les questions de droit pénal dans l'espace (1) et des médias (2), nous analyserons la question sous l'angle civil (II), en concentrant notre attention sur les problèmes de droit international privé (1) et en examinant quelques questions annexes dont celles de l'évaluation du dommage (3) et de la prescription de l'action en dommages-intérêts (4). Nous concluons enfin (III).

¹ Voir parmi d'autres: aux Etats-Unis: *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 23 Media L. Report 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995); *Zeran v. AOL*, 958 F. Supp. 1124 (1997); *Blumenthal v. Drudge/AOL*, 992 F.Supp. 44(1998). En France: TGI Paris, 30 avril 1997, Société ESIG c/ Société COMPUSERVE et consorts, qui peut être consulté sur le site: <http://www.legalis.net/jnet/decisions/diffamation/ord_esig.htm>; TGI Paris, 28 janvier 1999, Affaire COSTES, en libre accès sur le site: <http://www.legalis.net/jnet/decisions/illicite_divers/correct_280199.htm>; CA Paris, 15 décembre 1999, Affaire COSTES, en libre accès sur le site: <http://www.legalis.net/jnet/decisions/illicite_divers/ca_paris_151299.htm>; CA Paris, 23 juin 2000, Grégoire BARDIN et consorts c/ Georges TRANCHANT, publiée sur le site: <http://www.legalis.net/jnet/decisions/diffamation/ca-paris_230600.htm>; TGI Paris, 6 décembre 2000, Affaire VOLTAIRE: <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tcorrparis20001206.htm>>. En Allemagne, publiées sur: <<http://www.netlaw.de/urteile/>>: Amtsgericht Rheinbach, 12 février 1996, 2 Ds 397/95; LG Hamburg, 12 mai 1998, 312 O 85/98, *Steinhöfel*; LG Francfort, 27 mai 1998, *Virus*, CR 1/1999 45.

I. LA SITUATION SOUS L'ANGLE DU DROIT PENAL

1. Le droit pénal dans l'espace

aa) Celui qui constate que des propos diffamatoires sont diffusés à son encontre sur un site web et souhaite déposer plainte doit tout d'abord se demander si les tribunaux suisses sont compétents et si le droit pénal suisse est applicable². Ces questions doivent être tranchées au regard des articles 3 à 7 CP. L'article 3 alinéa 1er 1ère phrase CP dispose que: «le présent code est applicable à quiconque aura commis un crime ou un délit en Suisse». Selon l'article 7 alinéa 1er CP, «un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi, qu'au lieu où le résultat s'est produit». Lorsque l'infraction se produit sur le réseau, tant la doctrine que la jurisprudence fédérale considèrent que le «lieu où l'auteur a agi» est l'endroit où les données ont été chargées, à l'exclusion des lieux de situation des différents serveurs par lesquels ces informations ont été diffusées³. Quant au «lieu où le résultat s'est produit», nous pensons qu'il ne suffit pas que le site où figurent les informations litigieuses soit accessible en Suisse — ce qui est le cas de quasiment tout site — pour que le résultat de l'infraction s'y produise au sens de l'article 7 alinéa 1er CP⁴. Outre les domiciles de l'éditeur du site, de l'hébergeur et du fournisseur d'accès, il convient de tenir compte du contenu du site visé, en particulier de la langue dans laquelle les informations sont rédigées et, plus généralement, de tout indice permettant d'identifier le public auquel s'adresse le site concerné; autrement dit, sera à notre avis décisive la question de savoir si le public suisse fait partie des destinataires prévisibles⁵.

² Les questions se poseront bien entendu de la même manière si les propos diffamatoires sont diffusés au sein de forums de discussion, tant sous l'angle pénal que civil. Voir à cet égard, TGI Strasbourg, 1ère Chambre du Tribunal correctionnel, 28 août 1999, affaire INFONIE, publiée sur le site: <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgistrasbourg19990827.htm>>.

³ Pour la doctrine: A NIGGLI / F. RIKLIN / G. STRATENWERTH, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern: ein Gutachten, *Medialex* 2000, tiré à part, pp. 4 et 28; C. SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrecht in Internet, *RPS* 2000, pp. 117 et suivante; P. WEISENBURGER, Zum Begehungsort bei Internet Delikten, *RSJB* 1999, pp. 703 et suivantes. Pour la jurisprudence fédérale: sic! 1999 635 («*Lyrics*», 11 août 1999).

⁴ Cf. apparemment *contra* M. JACCARD, Colloque International L'Internet et le droit: Droit européen et comparé de l'Internet – Rapport national Suisse, p. 12 n° 47 et les références citées n. 32.

⁵ La XIème Chambre de la Cour d'appel de Paris en a du reste décidé ainsi dans la décision D.J. c/ F.C.O rendue le 10 novembre 1999 où elle a précisé: «La publication d'un texte litigieux sur un site Internet rend celui-ci consultable depuis tous les pays du monde sans pour autant être adressé à un destinataire précis. Ainsi par la nature même du support la possibilité d'accès est universelle. Il ne saurait cependant en résulter une applicabilité de tous les droits existant au contenu du texte ce qui aboutirait à créer une totale insécurité juridique dans l'exercice de la liberté d'expression qui est l'objet de la loi du 29 juillet 1881. Il convient de créer une

L'élément subjectif de l'infraction, soit l'intention délictuelle de l'auteur des propos diffusés sur le réseau, ne devrait donc pas être admis pour la simple raison que l'auteur ne peut ignorer que le site sur lequel ses allégations sont diffusées est accessible depuis la Suisse, plus particulièrement depuis le domicile du destinataire des propos. En décider autrement reviendrait à admettre une compétence de tous les tribunaux étatiques et droits nationaux dès qu'une infraction est commise au moyen d'Internet, ce qui ne saurait être⁶.

Notre opinion semble du reste conciliable avec la jurisprudence fédérale rendue en matière de délits commis par voie de presse: dans un arrêt du 15 juin 1999, le Tribunal fédéral, après avoir laissé ouverte la question de savoir si la diffamation était un délit formel ou matériel, a laissé entendre qu'il n'y avait pas forcément de «résultat» au sens de l'article 7 alinéa 1er CP en cas d'atteinte à l'honneur commise par voie de presse lorsque le journal est imprimé à l'étranger et distribué dans plusieurs pays dont la Suisse⁷. Dans le cas d'espèce, il a toutefois considéré que l'élément subjectif était réalisé puisque deux cent cinquante lettres diffamantes avaient été expédiées depuis l'étranger à des destinataires individuellement choisis dans toute l'Europe, et que deux personnes domiciliées en Suisse se trouvaient parmi ces derniers⁸. Autrement dit, comme le relève *Salvadé*, le critère déterminant pour trancher la question de savoir si le résultat s'est produit en Suisse serait le caractère «ciblé» de l'écrit diffamant⁹. Ce critère nous semble parfaitement compatible avec celui de la prévisibilité que nous prônons pour déterminer le lieu de résultat d'une infraction commise sur Internet. Est ainsi seule déterminante à notre avis la question de savoir si l'auteur a rédigé son texte en sachant qu'il serait lu par le public suisse¹⁰.

prévisibilité pour l'auteur des propos. Celle-ci ne peut naître que du rattachement de la loi à un principe objectif et non à ce que chaque ordre juridique national prétend se donner comme compétence, ce qui peut exposer à toutes les incertitudes (<<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/caparis19991110.htm>>). Ce critère de prévisibilité se retrouve en droit international privé suisse à l'article 139 LDIP, sur lequel nous reviendrons (cf. *infra* II 1).

⁶ Pour de plus amples développements sur les difficultés soulevées par la détermination du lieu du résultat, notamment au regard de la distinction entre délits formels et matériels, voir: SCHWARZENEGGER (n. 3), pp. 120 et suivantes.

⁷ ATF 125 IV 177 c.2 et les arrêts auxquels le Tribunal fédéral se réfère.

⁸ ATF 125 IV 177 c.3 et 4.

⁹ V. SALVADE, Services en ligne et violations du droit d'auteur: l'union incertaine de la territorialité et du réseau mondial, *Medialex* 3/00, pp. 144 et suivante.

¹⁰ La prévisibilité doit donc s'interpréter de manière restrictive puisque l'auteur doit avoir eu conscience que son texte avait de grandes chances d'être lu par le public suisse.

bb) Une fois les questions de droit pénal dans l'espace résolues, le plaignant devra déterminer le for de la poursuite pénale, en application des articles 346 et suivants CP. Etant donné l'article 347 CP, il y a lieu de s'interroger préalablement sur l'éventuelle application de l'article 27 CP au comportement incriminé.

L'article 27 alinéa 1er CP dispose que «lorsqu'une infraction aura été commise et consommée sous forme de publication par un média, l'auteur sera seul punissable, sous réserve des dispositions suivantes». Le terme de «média» regroupe tout moyen technique diffusant publiquement des écrits, des images ou des sons¹¹; il inclut à la fois les médias périodiques et non périodiques, soit la radio, la télévision, le télétexte, mais aussi les services d'information par téléphone et les sites offerts sur les autoroutes de l'information¹². Aucune périodicité ou mise à jour régulière n'étant exigée par cette disposition, toute diffusion ayant lieu sur Internet tombe sous le coup du «droit pénal des médias» en droit suisse. Peu importe que l'accès au site litigieux ne soit possible que moyennant l'utilisation d'un code d'accès et/ou d'un mot de passe, puisque l'écrit est considéré comme publié même s'il n'est diffusé qu'auprès d'un cercle limité¹³. S'il est enfin nécessaire que l'infraction ait été consommée par la publication, cette exigence sera réalisée dès la diffusion de l'information sur le site pour toute atteinte à l'honneur¹⁴. La Cour de cassation italienne en a apparemment décidé différemment dans un arrêt du 17 novembre 2000, aux termes duquel elle a considéré qu'il n'y avait pas consommation du délit au moment de la diffusion du message offensant, mais lorsque le message est lu par des tiers qui n'en sont ni les auteurs ni les destinataires¹⁵. On pourrait a priori penser que le Tribunal fédéral en a décidé de même s'agissant de la distribution d'un journal sur support papier, puisqu'il a considéré que l'infraction de diffamation n'était

¹¹ D. BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, p. 332 n. 1150.

¹² FF 1996 IV 558; BARRELET (n. 11), *eo loco*; NIGGLI / RIKLIN / STRATENWERTH (n. 3), p.18.

¹³ ATF 82 IV 71 c.4, JdT 1957 IV 131.

¹⁴ ATF 82 IV 71 c.4, JdT 1957 IV 131. Pour la doctrine: S. TRECHSEL, *Kurzkommentar*, 2ème édition, Zurich 1997, ad art. 27 n. 4, qui cite toutefois à l'appui de ses propos l'ATF 117 IV 365, qui concerne en réalité l'application de l'article 3 LCD; B. CORBOZ, *La diffamation*, SJ 1992 629, spéc. p. 650; cf. BARRELET (n. 11), p. 332 n. 1150. On relèvera que dans un arrêt du 10 août 1999, le Tribunal fédéral a en revanche considéré que les nouvelles dispositions du Code pénal relatives à la punissabilité des médias ne s'appliquent pas aux délits visés par les articles 135, 197 et 261bis CP, puisque ces dispositions constituent des *leges speciales* qui ont pour particularité de sanctionner tous les intermédiaires en qualité d'auteurs, et non en tant que complices (ATF 125 IV 206 c.3c). Pour une critique de cet arrêt, voir F.R IKLIN, *Kaskadenhaftung – quo vadis?*, in: *Medialex* 4/00, pp. 199 et suivantes; D.S CHLEIMINGER / C. METTLER, PJA 2000 1039.

¹⁵ <<http://www.juriscom.net/actu/achv/200101.htm>>. L'arrêt lui-même peut être lu en italien sur le site:<http://www.penale.it/giuris/cass_013.htm>.

consommée que par la connaissance par des tiers des propos considérés¹⁶. Cela étant, l'exigence de la connaissance par un tiers ne signifie pas que le lésé doit établir qu'un tiers a effectivement pris connaissance du texte litigieux. C'est à notre avis par la diffusion du texte litigieux que l'infraction est consommée, la vente ou la mise en ligne faisant présumer que des tiers en ont pris connaissance ou en ont en tout cas la possibilité¹⁷. Autrement dit, si la diffamation constitue selon nous un délit de résultat, ce résultat, soit la connaissance par les tiers, est présumée se produire par la publication lorsque l'atteinte a lieu au travers d'un média.

Etant admis que les infractions réputées avoir été commises en Suisse sur le réseau entraîneront la plupart du temps l'application de l'article 27 CP¹⁸, le for de la poursuite pénale sera alternativement celui de l'autorité du lieu de résidence de l'auteur, ou celui du lieu où l'entreprise de médias a son siège, conformément à l'article 347 alinéa 1er CP. Chaque titulaire de site doit-il être considéré comme une «entreprise de médias» au sens de cette disposition? Le Message ne répond pas à cette question; tel semble être le cas si l'on se réfère à ce qui vient d'être dit au sujet de l'article 27 alinéa 1er CP. Avec le réseau, c'est en effet le support électronique utilisé par le particulier ou l'entreprise pour diffuser ses informations qui constitue un média en tant que tel, indépendamment de la question de savoir quelle est la profession de la personne physique, respectivement le but statutaire de la personne morale qui exploitent le site. Il en résulte que toute personne, physique ou morale, qui exploite un site web pour diffuser des informations, quel que soit leur caractère, répond à la définition d'«entreprise de médias» dans le cadre de son activité sur le réseau; le terme d'«entreprise exploitant le média Internet» serait donc plus adapté à la réalité.

Lorsque le titulaire publie à intervalles réguliers des informations, son activité revêt un caractère périodique; dans ce cas, le siège de l'«entreprise de médias» devrait en principe être facilement identifiable, puisque l'article 322 alinéa 2 CP exige que son adresse soit mentionnée, c'est-à-dire concrètement apposée sur la page de garde du site web concerné; on peut toutefois douter que cette obligation soit respectée en pratique. Dès lors, lorsque le site exploité n'est pas régulièrement mis à jour ou que l'obligation précitée n'est pas respectée, «l'entreprise de médias» déterminante pour la fixation du for au sens

¹⁶ ATF 102 IV 35 c.2b.

¹⁷ Cas échéant, il appartiendra à l'accusé d'établir que les tiers n'ont pu prendre connaissance du texte litigieux, par exemple parce qu'il a immédiatement retiré les journaux de la vente ou bloquer le site concerné.

¹⁸ Cf. toutefois ATF 125 IV 206 c.3c.

de l'article 347 alinéa 1er CP sera à notre avis le titulaire¹⁹ inscrit auprès de SWITCH, puisqu'il est présumé avoir la maîtrise du site, voire le fournisseur d'hébergement selon les obligations qui lui incombent en vertu du rapport contractuel qu'il a avec le titulaire du site²⁰. Dans l'hypothèse où aucun des fors précités ne peut être déterminé — ce qui n'est guère concevable, la compétence reviendra à l'autorité du lieu où le produit a été diffusé, en application de l'alinéa 2 de l'article 347 CP. Dans ce cas, faut-il admettre une multiplication des fors de la poursuite pénale à tous les offices d'instruction pénale helvétiques, puisque les informations seront diffusées au moyen d'un site accessible sur l'ensemble du territoire helvétique? A notre avis, la sécurité juridique recommande d'admettre la compétence exclusive du canton où le dommage se fait ressentir de la manière la plus intense, à savoir celui du domicile du lésé.

2. Le droit pénal des médias

La lecture de l'article 27 alinéa 1er CP pourrait *a priori* laisser croire que l'éditeur du site ne peut être condamné en droit suisse s'il n'est lui-même l'auteur du texte litigieux. Cette disposition prévoit en effet que «l'auteur d'une infraction commise et consommée sous forme de publication par un média sera en principe le seul punissable». Selon l'article 27 alinéas 2 et 3 CP, il n'en va différemment que si l'auteur ne peut être découvert, qu'il ne peut être traduit devant un tribunal ou que la publication a eu lieu à son insu ou contre sa volonté, hypothèses dans lesquelles le «rédacteur responsable» sera punissable en vertu de l'article 322bis CP²¹.

¹⁹ Rappelons que selon les dernières directives de Switch, le titulaire du nom de domaine endosse la responsabilité du contact administratif, qui n'existe plus formellement (<<http://www.nic.ch/terms/policy.html>>).

²⁰ L'une des obligations de l'hébergeur pourrait en effet consister en ce qu'il s'assure du contenu des informations qui sont diffusées sur les sites qu'il héberge. Dans un tel cas, l'hébergeur n'est plus seulement un intermédiaire technique, mais bien une «entreprise de médias» au sens de cette disposition.

²¹ En matière de diffusion sur le réseau, le «rédacteur responsable» sera la personne responsable de la publication, l'«entreprise de médias» au sens de l'article 347 alinéa 1er CP, soit à notre avis l'éditeur du site ou, à défaut d'indication particulière sur le site permettant de l'identifier, le titulaire du nom de domaine inscrit auprès de SWITCH. La responsabilité du fournisseur d'hébergement devrait donc être quasiment exclue, puisqu'il se contente de mettre à disposition du titulaire du site un espace libre pour construire son site, sauf disposition contractuelle contraire; ses liens avec le site hébergé sont donc en principe plus ténus que ceux du contact administratif enregistré auprès de SWITCH. Quant au fournisseur d'accès, il n'est jamais «rédacteur», sauf à diffuser lui-même comme auteur des informations sur le site dont il est le titulaire, de sorte que sa responsabilité ne peut être engagée sur la base de cette disposition (l'avis de droit rendu par les professeurs NIGGLI, RIKLIN et STRATENWERTH en faveur de l'association «Verband Inside Telecom (VIT)» va dans le même sens; cf. *Medialex 2000*, tiré à part). Si le juge est amené à considérer le fournisseur d'hébergement comme étant le «rédacteur responsable», notamment

Autrement dit, il résulte *a contrario* de la disposition précitée que ni l'éditeur du site ni l'hébergeur ne seront en principe punissables à titre primaire²². En effet, une responsabilité primaire en qualité d'auteur de cet intermédiaire n'est envisageable que s'il a personnellement mis en ligne et diffusé les informations litigieuses²³. En revanche, une condamnation de l'hébergeur en qualité de complice est à notre avis possible si une autorité a attiré son attention sur le possible caractère illicite du contenu du site, en lui demandant de prendre des mesures raisonnablement exigibles²⁴. Si l'hébergeur n'a pas vu son attention attirée par une autorité sur le contenu du site visé, seule la violation de son obligation de diligence, légale ou contractuelle, peut être sanctionnée. Du point de vue pénal, une telle violation ne peut être constitutive que de négligence; la complicité par négligence étant inconcevable²⁵, ce n'est que si l'article 27 alinéas 2 et 3 CP s'applique que l'hébergeur pourra être poursuivi pénalement. Or, l'article 322bis CP auquel renvoie l'alinéa 2 de l'article 27 CP ne sanctionnant la négligence que des arrêts ou de l'amende, nous pouvons en déduire que, faute d'avis donné par une autorité, la responsabilité pénale des intermédiaires est quasi-inexistante sur Internet.

La situation est différente pour les éditeurs de site, puisqu'ils ont la maîtrise du site. En acceptant de mettre en ligne l'article incriminé et

parce que le contrat d'hébergement prévoit un contrôle de sa part sur les informations diffusées (cf. *supra* n. 20), encore faut-il qu'une violation de son obligation de diligence puisse lui être reprochée. En effet, l'article 322bis CP exigeant une intention délictuelle ou un comportement négligent de la part de la personne responsable au sens de l'article 27 alinéas 2 et 3 CP, seul le fournisseur d'hébergement qui exerce, ou aurait pu suivant les circonstances exercer un contrôle sur le contenu du site litigieux peut voir sa responsabilité engagée. L'étude détaillée de la responsabilité du fournisseur d'hébergement dépassant le cadre que nous nous sommes fixés, nous renvoyons le lecteur pour de plus amples informations à ce sujet aux études suivantes: JACCARD, (n. 4) pp. 13-18; H.-UB ÜHLER, Kampf gegen rechtswidrige Inhalte im Internet — eine Bestandesaufnahme / M.N IGGLI, Nationales Strafrecht vs. Globales Internet / M.B ERNI, Verantwortlichkeitszuordnung im Internet, in: Geschäftsplattform Internet II (Journée du 20 juin 2000: Internet und Inhalte — Verantwortlichkeiten, non publiée à ce jour); D. ROSENTHAL, Ein Medienstrafrecht mit ungeplanten Konsequenzen, Medialex 1/99, pp. 3 et suivante, pour une critique des articles 27 et 322bis CP; R. JOFER, Strafverfolgung im Internet, Francfort-sur-le-Main 1999, pp. 121 et suivantes.

²² FF 1996 IV 561; BARRELET (n. 11), pp. 333-334 n. 1156.

²³ Le terme d'«intermédiaire» est alors tout relatif puisque, justement, l'hébergeur ne se cantonne plus dans son rôle technique, mais qu'il joue un rôle pleinement actif et autonome dans la commission des infractions.

²⁴ Si la complicité est à notre avis indiscutable lorsque c'est l'autorité qui a avisé l'intermédiaire — à tout le moins par dol éventuel, qu'il s'agisse d'un fournisseur d'hébergement ou même d'un fournisseur d'accès, la question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'un particulier, puisque se pose alors tout le problème de la liberté d'expression et de l'exercice de la censure. Dans un cas limite, comme il peut en aller en matière de diffamation, on penchera à notre avis plutôt pour la négligence, en reprochant à l'intermédiaire de ne pas avoir dénoncé le site à l'autorité pour qu'elle s'assure elle-même de la licéité ou du contenu du site visé.

²⁵ Article 25 CP.

de le diffuser publiquement, l'éditeur fait sien les propos de l'auteur et, partant, agit selon nous en qualité de coauteur, ou à tout le moins de complice, puisque la diffusion en ligne constitue un acte voulu et nécessaire à la commission de l'infraction²⁶. Ainsi, rien ne s'oppose à notre avis en droit suisse à ce que l'éditeur du site puisse être poursuivi directement pour le comportement incriminé, dès lors qu'il dispose de la maîtrise du site sur lequel les informations sont diffusées et qu'il les sélectionne, ou ne peut à tout le moins les ignorer. Seule devra être tranchée la question de savoir s'il a agi en qualité de complice ou de coauteur, ce qui dépendra de l'intensité de sa volonté délictuelle et devra être résolu au cas par cas.

3. L'atteinte à l'honneur (pro memoria)

La question de savoir si les éléments constitutifs des infractions prévues aux articles 173 et suivants CP sont réunies est examinée de manière identique, quel que soit le support sur lequel les allégations ont été diffusées, de sorte que nous renverrons le lecteur à la littérature spécialisée sur ce point²⁷.

4. La prescription

Le 6 décembre 2000, le Tribunal correctionnel de Paris a considéré dans l'affaire Voltaire que la prescription des infractions commises en ligne ne commençait à courir qu'à partir du moment où le site sur lequel l'information litigieuse était diffusée était désactivé²⁸. Autrement dit, toute diffamation commise sur le réseau serait constitutive d'un délit continu²⁹.

²⁶ Rappelons que selon la jurisprudence fédérale (ATF 125 IV 134), agit en qualité de coauteur celui qui collabore, intentionnellement et de manière déterminante, avec d'autres personnes à la décision de commettre une infraction, à son organisation ou à son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux; la contribution du coauteur doit apparaître essentielle à l'exécution de l'infraction d'après les circonstances du cas concret. Ce qui est déterminant, c'est que le coauteur se soit associé à la décision dont est issue l'infraction ou à la réalisation de cette dernière, dans des conditions ou dans une mesure qui le font apparaître comme un participant principal.

²⁷ B. CORBOZ, Les principales infractions, Volume I, Berne 1998, pp. 171 et suivantes.

²⁸ Cet arrêt peut être consulté sur le site: <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tcorrparis20001206.htm>>.

²⁹ Signalons que cette solution s'explique en partie en droit français par le fait que l'article 65 alinéa 1er, introduit par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, dispose que: «L'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi [loi sur la liberté de la presse] se prescrivent après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait». C'est donc par souci d'éviter un délai de prescription aussi rapide pour les infractions commises sur le réseau que le Tribunal correctionnel de Paris a cherché à en faire des délits continus.

Contrairement au droit pénal français, le droit pénal suisse des médias ne prévoit aucun délai de prescription particulier pour les infractions tombant sous le coup de l'article 27 CP. Ce sont donc les dispositions habituelles qui s'appliquent. La diffamation étant passible de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende³⁰, l'action pénale se prescrit par deux ans, conformément à l'article 178 CP, et par quatre ans de manière absolue³¹. Signalons en revanche que la responsabilité très éventuelle du fournisseur d'hébergement se prescrit par deux ans dans l'hypothèse où l'intermédiaire concerné a fait preuve de négligence³². Dans un cas comme dans l'autre, le point de départ de la prescription est toutefois régi par l'article 71 chiffre 3 CP. Selon cette disposition, la prescription court du jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont une certaine durée; autrement dit, à l'image de la décision rendue par le Tribunal correctionnel de Paris, il en résulte que la prescription ne commence à courir que du jour où le site considéré ne peut plus être atteint, puisque l'infraction continue à déployer ses effets aussi longtemps que le site est activé. C'est dire que le délai de prescription peut s'avérer *ispo facto* particulièrement long si le site reste atteignable durant plusieurs années.

II. LA SITUATION SOUS L'ANGLE DU DROIT CIVIL

1. La compétence et le droit applicable

Avant d'examiner les remèdes possibles, il convient de se demander comme nous l'avons fait en droit pénal si les tribunaux suisses sont compétents et si le droit suisse est applicable.

Dans un premier temps, il y a lieu de qualifier juridiquement l'atteinte subie par le lésé. Cette qualification doit se faire en application de la *lex fori*³³. En matière civile, l'atteinte à la réputation d'un individu donnera le plus souvent lieu à une action pour atteinte à la personnalité, voire pour concurrence déloyale, soit à la commission d'un acte illicite au sens où l'entend la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé. C'est donc au

On relèvera que le Parquet de Paris a fait appel de cette décision le 15 janvier 2001, de manière à sauvegarder la prescription pour les publications en ligne (<<http://www.zdnet.fr/actu>>, du 30 janvier 2001).

³⁰ Article 173 alinéa 1er CP.

³¹ Cf. Art. 72 ch. 2 al. 2 CP.

³² Art. 101, 109 et 322bis CP.

³³ ATF 110 II 188 c.2, JdT 1985 I 21; ATF 107 II 484 c.1, JdT 1982 I 89; ATF 100 II 200 c.II 2, JdT 1975 I 180; IPRG-UMBRICHT, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, ad art. 129 n° 5, pp. 956 et suivante.

regard du chapitre 3 section 3 de cette loi que les questions de compétence et d'application du droit devront être tranchées³⁴.

aa) La question de la compétence des tribunaux suisses devra s'apprécier au regard de l'article 129 LDIP, que le lésé invoque un trouble de la personnalité ou un acte de concurrence déloyale commis à son encontre.

Cette disposition prévoit en son alinéa 1er que: «les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle ou de l'établissement du défendeur sont compétents pour connaître des actions fondées sur un acte illicite»³⁵. Il n'y aura donc aucun problème lorsqu'un domicile, une résidence habituelle ou un établissement suisse peut être attribué au défendeur. Qu'en est-il toutefois dans l'hypothèse où la personne recherchée est domiciliée à l'étranger? Comme le relève *Bucher*, la solution de principe retenue par le législateur au niveau international a pour effet de priver le demandeur helvétique de la possibilité d'agir à son propre for, comme il le peut sur un plan interne conformément à l'article 28b alinéa 1er CC³⁶; autrement dit, le citoyen suisse qui s'estime atteint dans sa personnalité par le contenu d'un site dont l'éditeur est domicilié aux Etats-Unis devrait au regard de l'article 129 alinéa 1er LDIP agir dans ce pays s'il souhaite ouvrir action. L'alinéa 2 de l'article 129 LDIP apporte cependant un correctif à ce principe en disposant que: «lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle en Suisse, ni établissement en Suisse, l'action peut être intentée devant le tribunal suisse du lieu de l'acte ou du résultat». Se pose alors inévitablement la question de savoir quels sont les lieux de l'acte et du résultat en matière de diffusion sur Internet; si l'on applique la solution retenue dans l'arrêt *Lyrics* sur un plan civil³⁷, il faut admettre que le lieu de

³⁴ Si nous nous limiterons à traiter la question sous l'angle de la LDIP, rappelons l'importance de l'article 5 chiffre 3 CLU, qui dispose que: «le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit». L'article 5 du Règlement (CE) n° 44/2000 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale reprend cette disposition, puisqu'il prévoit: «Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être attirée, dans un autre Etat membre en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire» (rappelons que l'entrée en vigueur de ce règlement est prévue le 1er mars 2002 conformément à son article 76). Les développements qui suivent à propos du lieu de résultat nous semblent toutefois applicables à ces dispositions.

³⁵ Les notions de domicile, résidence habituelle et établissement sont définies aux articles 20 et 21 LDIP.

³⁶ A. BUCHER, Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse, in: publication CEDIDAC n° 9, Lausanne 1989, p. 109.

³⁷ sic! 1999 635 (cf. *supra* n. 3). Rien ne nous semble en effet justifier une différence de traitement entre le droit civil et le droit pénal sous cet angle.

l'acte est celui du chargement des données³⁸; il en résulte que lorsque le défendeur est domicilié à l'étranger, il sera peu fréquent que l'acte ait été commis en Suisse. Quant au lieu du résultat, la doctrine et la jurisprudence considèrent qu'il se situe à l'endroit où se trouve le bien juridique protégé³⁹, c'est-à-dire au domicile de la personne lésée en matière de dénigrement, puisqu'il s'agit du premier endroit où l'atteinte se fera ressentir⁴⁰. Si l'on suivait cette théorie, il faudrait admettre que le citoyen helvétique atteint dans sa personnalité par le contenu d'un site web pourrait toujours agir en Suisse dès l'instant où le site y est accessible. Cela ne saurait être. A notre avis, il convient d'examiner concrètement si la personnalité du citoyen risque effectivement d'être atteinte, ce qui dépendra notamment de la question de savoir si le contenu du site peut être compris par le public suisse⁴¹. Autrement dit, la question de la prévisibilité que nous prônions en droit pénal nous semble également importante sinon décisive en droit civil. Cette conception est du reste celle de la jurisprudence américaine; depuis l'arrêt *International Shoe*, est compétente la juridiction de l'Etat au sein duquel il existe des «*minimum contacts*» avec la partie défenderesse⁴². A partir de cette décision, les tribunaux américains ont considéré que le simple fait de pouvoir accéder à un site en n'importe quel Etat ne suffisait pas à fonder la compétence de chacun d'eux, la partie défenderesse devant concrètement avoir offert ses prestations au sein de l'Etat qui revendique la compétence⁴³.

38 Dans le même sens, O. ARTER / F. JÖRG / U. GNOS, *Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen*, PJA 2000 294; B. DUTOIT, *Compétence législative et compétence judiciaire en cas d'actes illicites commis sur Internet en droit international privé suisse* (cité: Internet), in: *Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, p. 149, qui propose un renversement du fardeau de la preuve au bénéfice du lésé, en ce sens que si celui-ci prétend que le message diffamatoire a été chargé en un endroit donné, ce serait à l'auteur du message de prouver que tel n'est pas le cas.

39 ATF 125 III 103; ATF 113 II 476 c.3a, JdT 1990 I 147; IPRG-UMBRICHT (n. 33), ad art. 129 n° 17, p. 959; DUTOIT, Internet, p. 148.

40 Dans le même sens: RSJ 1999 199, arrêt schwytois, qui précise qu'il suffit que le résultat ne se produise que partiellement en Suisse pour fonder la compétence des tribunaux suisses.

41 ARTER / JÖRG / GNOS (n. 38), p. 294, partagent notre avis. A l'évidence, un site contenant des informations rédigées en japonais ou en arabe par exemple ne remplira pas cette condition, au contraire d'informations rédigées en anglais. En principe, un site où les informations sont rédigées dans un alphabet différent du nôtre ne sera du reste pas lisible par un ordinateur qui n'est pas pourvu d'un logiciel spécifique.

42 *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

43 Voir notamment: *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F.Supp. 296 (S.D.N.Y. 1996) (<<http://www.bna.com/e-law/cases/bluenote.html>>), où la *United States District Court Southern District of New York* a considéré que le simple fait de pouvoir accéder depuis New York à un site concernant un établissement sis dans l'Etat du

Lorsque le lésé souhaite diriger son action contre plusieurs défendeurs — ce qui sera fréquent en matière d'acte illicite commis sur le réseau étant donné le nombre d'intermédiaires, l'alinéa 3 de l'article 129 LDIP lui permet d'intenter son action contre tous devant le juge saisi en premier lieu si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et que tous les défendeurs peuvent être recherchés en Suisse en application des alinéas 1 et 2 précités⁴⁴.

bb) Le juge suisse valablement saisi pourra-t-il appliquer le droit suisse? La réponse à cette question dépend du fondement légal sur lequel repose la prétention de la partie demanderesse.

Lorsqu'elle se prévaut d'une atteinte à la personnalité, il y aura lieu d'examiner si les conditions de l'article 139 LDIP sont réalisées.

Missouri appelé *Bluente* ne lésait par le droit à la marque du titulaire du club new-yorkais, dès lors qu'il n'était pas établi que l'établissement du Missouri fournissait quelque prestation que ce soit à New-York; *Marytz, Inc v. Cybergold*, 947 F.Supp. 1328, 1334 (E.D. Mo, 1996) (<http://www.bna.com/e-law/cases/cyb_gold.htm>), où la *United States District Court Eastern District of Missouri Eastern Division* s'est estimée compétente dès lors que la défenderesse était sur le point d'offrir à l'ensemble du territoire américain des boîtes aux lettres électroniques dont le but ultérieur était d'offrir de la publicité en ligne; *Zippo Manufacturing Comp. v. Zippo Dot. Com. Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (W.D.Pa, 1997) (<<http://www.bna.com/e-law/cases/zippo.html>>), où la *United States District Court for the Western District of Pennsylvania* a établi un système appelé «*sliding scale*», qui distingue suivant (1) que le site permet d'offrir en ligne des prestations, auquel cas la compétence est donnée, (2) que le site est certes accessible mais ne constitue qu'une simple vitrine, auquel cas la compétence n'est pas donnée, (3) que le site ne permet pas d'offrir directement ses prestations en ligne, mais que des échanges sont toutefois possibles, par e-mail par exemple, hypothèse dans laquelle les circonstances du cas d'espèce sont déterminantes (en l'espèce, la Cour s'est déclarée compétente, la défenderesse ayant de nombreux abonnés au sein de l'Etat de Pennsylvanie; peu importait en revanche que seuls 3000 habitants aient été enregistrés au site de la défenderesse, la volonté d'offrir ses prestations dans cet Etat ayant été démontrée); *Resuscitation Technologies, Inc. v. Continental Health Care Corp.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 3523, 17 (<<http://www.bna.com/e-law/cases/resus.html>>), où la *United States District Court Southern District of Indiana Indianapolis Division* a retenu que des communications au moyen d'e-mails et du téléphone suffisaient à fonder la compétence de la Cour saisie; *American Network Inc. v. Access America/Connect Atlanta Inc.*, 975 F.Supp. 494 (S.D.N.Y 1997) (<<http://www.bna.com/e-law/cases/amnet.html>>), où la *United States District Court Southern District of New York*, dans une affaire similaire à la décision *Zippo*, s'est estimée compétente dès lors que la défenderesse fournissait des logiciels en ligne à six abonnés new-yorkais, ce qui démontrait sa volonté d'effectuer du commerce au sein de cet Etat; *International Star Registry of Illinois v. Bowman-Haight Ventures, Inc.*, 1999 WL 300285, 6 (N.D.Ill) (<<http://www.bna.com/e-law/cases/starreg.html>>), où la *United States District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division* s'est estimée compétente dans une affaire similaire aux décisions *Zippo* et *American Network*. Cf. également DUTOIT, Internet, p. 150, qui considère que la simple possibilité d'un appel ne suffit pas à créer un lieu de résultat en droit suisse.

⁴⁴ Rappelons qu'en matière d'atteintes illicites commises sur Internet, l'octroi de mesures provisoires peut être important sinon décisif. A cet égard, l'article 10 LDIP dispose que: «*les autorités judiciaires ou administratives peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond*». Autrement dit, le citoyen suisse pourra requérir l'octroi de mesures provisionnelles à l'encontre d'une personne domiciliée à l'étranger auprès d'un tribunal helvétique. Tout le problème résidera bien entendu dans le caractère exécutoire d'une telle décision; à cet égard, l'affaire *Yahoo* en est un exemple patent (cf. les articles qui lui sont dédiés sur le site: <<http://www.juriscom.net>>).

L'alinéa 1er de cette disposition prévoit que: «les prétentions fondées sur une atteinte à la personnalité par les médias, notamment par la voie de la presse, de la radio, de la télévision ou de tout autre moyen public d'information, sont régies, au choix du lésé: (a) par le droit de l'Etat dans lequel le lésé a sa résidence habituelle, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat; (b) par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle, ou (c) par le droit dans lequel le résultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat». La première question à résoudre est ainsi de savoir si Internet constitue un «média» au sens où l'entend la LDIP. Par «médias», on entend sur le plan civil «les entreprises qui, par le texte, l'image, le son ou une combinaison de ces procédés, diffusent des messages à un nombre incontrôlable de personnes»⁴⁵. Point n'est besoin que le média visé soit diffusé de manière périodique⁴⁶. Cette notion se recoupe donc fort logiquement avec celle figurant à l'article 27 CP, de sorte que l'on peut affirmer qu'Internet constitue un média conformément à l'article 139 LDIP⁴⁷. Lorsque l'auteur de l'acte est domicilié ou réside habituellement en Suisse, il n'y aura aucun problème, l'article 139 alinéa 1 lettre b LDIP permettant alors l'application du droit suisse. La réponse à donner sera plus difficile lorsque la partie défenderesse est domiciliée à l'étranger, puisque les lettres «a» et «c» de l'article 139 alinéa 1 LDIP posent alors la question de la prévisibilité du résultat: l'auteur devait-il s'attendre à ce que le résultat se produise en Suisse? La doctrine considère que la réponse à cette question dépend du type de média utilisé: si l'auteur de l'atteinte commise au moyen de la télévision ou de la radio doit compter avec un résultat possible dans tous les Etats où l'émission peut être reçue par satellite, ce indépendamment de la langue dans laquelle l'émission est diffusée, il en va différemment lorsque l'information est diffusée sur support papier, où

⁴⁵ ATF 113 II 369 c.3, JdT 1986 I 226; IPRG-DASSER, ad art. 139 n° 6, p. 1042; B.D UTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987 (cité: LDIP), 2ème édition, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, ad art. 139 n° 1, p. 402; le même, Internet, pp. 153 et suivante.

⁴⁶ H. ANTON / M. KELLER / K. SIEHR / F. VISCHER / P. VOLKEN, IPRG Kommentar, Zurich 1993, ad art. 139 n° 5, p. 1208.

⁴⁷ Si l'atteinte à la réputation d'un tiers qui ne repose pas sur un acte de concurrence déloyale tombera donc systématiquement sous le coup de cette disposition, on ne saurait en conclure que l'article 133 LDIP ne s'appliquera jamais en matière d'acte illicite commis sur Internet. En effet, l'article 139 LDIP ne sanctionne que les atteintes à la personnalité commises au moyen d'un média. Or, rien n'exclut la commission d'autres actes illicites, comme la diffusion par messagerie électronique d'un virus par exemple.

la langue est un critère important⁴⁸. Si l'on suit ces auteurs, il convient de rechercher si un site web est comparable à une émission télévisée diffusée par satellite ou à la presse écrite; il est difficile de répondre à cette question. Si un site web peut être assimilé à la télévision ou la radio en ceci qu'il est immédiatement accessible dans la plupart des Etats sinon tous — ce qui n'est le cas ni de la télévision ni de la radio de manière aussi absolue, il en diffère sur d'autres points. Un site web n'a pas encore la portée «médiatique» d'une émission télévisée; contrairement à la télévision, la consultation d'un site web nécessite une démarche beaucoup plus active de la part de l'internaute, qui doit connaître l'adresse du site ou effectuer certaines recherches pour y accéder, et ne peut se contenter de consulter le programme télévisé ou de zapper; sous cet angle, le site web se rapproche donc plus de la presse écrite. Peu importe en définitive; si l'éditeur d'un site ne peut certes ignorer que son site est accessible en à peu près n'importe quel endroit du globe, et donc depuis la Suisse, il pourra se disculper en prouvant qu'il n'était pas destiné au public suisse; il va de soi que cette preuve sera d'autant plus difficile à rapporter qu'il y a de points de rattachement avec notre pays⁴⁹. Lorsque le site ne présente à l'évidence aucun rattachement avec la Suisse à l'exclusion de la personne visée par les allégations dénigrantes⁵⁰, ne faudrait-il pas envisager un renversement du fardeau de la preuve, à charge pour le lésé de prouver que le site est bien destiné à un public suisse?

L'article 139 alinéa 2 LDIP dispose que: «le droit de réponse à l'encontre de médias à caractère périodique est exclusivement régi par le droit de l'Etat dans lequel la publication a paru ou l'émission a été diffusée». Conformément à l'article 28g CC, seule la diffusion au moyen d'un média à caractère périodique permet à la partie demanderesse d'exercer son droit de réponse. Autrement dit, seul un site web régulièrement mis à jour permettra l'exercice de ce droit⁵¹. Se pose

48 ANTON / KELLER / SIEHR / VISCHER / VOLKEN (n. 46), ad art. 139 n° 11, p. 1209; DUTOIT, LDIP, ad art. 139 n° 4, p. 403. Une différence de traitement est-elle effectivement justifiée? Pas selon nous, qui considérons que la langue joue un rôle dans un cas comme dans l'autre.

49 La langue reste à notre avis un critère important. Le TLD sous lequel le site est enregistré peut-il jouer un rôle? Peut-on raisonnablement soutenir qu'un site web enregistré sous le ccTLD «.sk» est destiné au public suisse? L'éditeur d'un site enregistré sous le gTLD «.com» ne devrait-il pas s'attendre à une consultation plus fréquente de son site que celui enregistré sous le ccTLD «.sk»? S'il ne s'agit assurément pas d'un critère décisif, on peut y voir un indice qui, cumulé à d'autres, permet d'exclure la prévisibilité exigée par l'article 139 alinéa 1er lettres a et c LDIP.

50 Par exemple si le site, hébergé par une société dont le siège est en République tchèque, est enregistré sous le ccTLD «.cz» par une personne domiciliée dans ce pays et que son contenu est rédigé dans cette langue.

51 Cf. DUTOIT, Internet, p. 154. Si l'on pense avant tout aux quotidiens en ligne, le droit de réponse pourra s'exercer pour n'importe quel site à partir du moment où il est

ensuite la question de savoir ce qu'il faut entendre par «l'Etat dans lequel la publication a paru ou l'émission a été diffusée»; devra à notre avis être considéré comme ayant été diffusé en Suisse le site web dont l'auteur devait s'attendre à ce que les propos incriminés qu'il contient produise un résultat en Suisse au sens de l'article 139 alinéa 1er lettres a et c LDIP.

Lorsque la partie défenderesse est atteinte dans sa personnalité économique, c'est en revanche l'article 136 LDIP relatif à la concurrence déloyale qui trouvera seul application⁵². Selon l'alinéa 1er de cette disposition, «les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit». Constitue un «marché» au sens de cette disposition tout Etat au sein duquel la partie demanderesse est économiquement active et s'adresse aux consommateurs en leur proposant ses produits et/ou services⁵³. Si elle est active sur plusieurs marchés, l'illicéité de l'acte sera appréciée séparément dans chaque Etat au regard du droit qui y est applicable⁵⁴. La question de savoir s'il y a effectivement eu atteinte au sein de l'Etat considéré, soit si un «résultat» s'est produit, devra être résolue de la même manière que sous l'angle de l'article 139 LDIP, seul un examen concret du site concerné permettant à notre avis d'y répondre.

2. L'application du droit matériel (pro memoria)

La question de savoir si l'acte visé constitue une atteinte aux droits de la personnalité au sens de l'article 28 CC ou un acte de concurrence déloyale au regard des articles 2, 3 lettres a et e LCD⁵⁵, de même que les conditions d'exercice du droit de réponse seront examinées de la même manière que le support utilisé soit électronique ou papier, de

régulièrement mis à jour; le titulaire d'un site qui le réactualiserait occasionnellement au gré de son humeur ne confère selon nous pas au lésé le droit de se prévaloir du droit de réponse.

⁵² DUTOIT, LDIP, ad art. 136 n° 11, p. 393; ANTON / KELLER / SIEHR / VISCHER / VOLKEN (n. 46), ad art. 136 n° 6, p. 1183, et ad art. 139 n° 1 et 2 p. 1207, qui relèvent toutefois que l'article 139 alinéa 2 LDIP s'applique également en cas d'atteinte à la personnalité économique (ad art. 139 n° 3, p. 1207).

⁵³ ANTON / KELLER / SIEHR / VISCHER / VOLKEN KELLER / SIEHR / VISCHER / VOLKEN (n. 46), ad art. 136 n° 12, p. 1185; IPRG-DASSER / DROLSHAMMER, ad art. 136 n° 12, p. 1008; DUTOIT, LDIP, ad art. 136 n° 2, p. 391.

⁵⁴ DUTOIT, LDIP, ad art. 136 n° 2, p. 391; le même, Internet, p. 156; IPRG-DASSER / DROLSHAMMER, ad art. 136 n° 13, p. 1009; ANTON / KELLER / SIEHR / VISCHER / VOLKEN (n. 46), ad art. 136 n° 13, p. 1185.

⁵⁵ L'appréciation des articles 3 lettres a et e LCD aura lieu de manière identique sur le plan pénal si le lésé a fait usage de la possibilité qui lui est conférée par l'article 23 LCD.

sorte que nous renverrons le lecteur à la jurisprudence rendue en ces domaines⁵⁶.

3. Le dommage

Dans l'hypothèse où le juge constate que l'atteinte revêt un caractère illicite, qu'il s'agisse d'un trouble à la personnalité ou d'un acte de concurrence déloyale, la question se pose alors de savoir si le lésé peut obtenir l'entière réparation de son dommage ou s'il doit se contenter du préjudice subi sur le territoire suisse. Si l'on suit l'arrêt *Shevill* rendu le 7 mars 1995 par la Cour de justice des Communautés européennes⁵⁷, il faut admettre que le juge ne peut accorder la réparation intégrale du dommage que si l'action en dommages-intérêts a été portée devant le for du domicile du défendeur, soit celui de l'auteur des propos dénigrants diffusés sur le réseau. Il en résulte que lorsque le lésé, par hypothèse domicilié en Suisse, ouvre action au for de son domicile à l'encontre d'un défendeur domicilié à l'étranger, il ne peut en principe réclamer au défendeur que la réparation du préjudice subi sur le territoire helvétique. L'application de cette jurisprudence contraint donc le lésé à ouvrir action au domicile du défendeur s'il souhaite obtenir la réparation intégrale de son dommage ou à multiplier les procès aux divers endroits où il a subi un préjudice. Inutile de souligner combien une telle jurisprudence est regrettable étant donné le caractère mondial d'Internet⁵⁸. Cela étant, on ne saurait ignorer que ces effets malheureux ne se font pas uniquement sentir dans le cadre d'une action en dommages-intérêts pour des actes illicites diffusés au moyen d'un support électronique, mais également s'ils le sont sur support papier ou au travers d'émissions radiophoniques ou télévisées. Autrement dit, cette jurisprudence rend la situation de la partie demanderesse particulièrement difficile dès l'instant où l'acte illicite est le résultat d'une atteinte commise par un média. Malheureusement, rien ne justifie à notre avis une différence de traitement entre la diffusion sur support papier ou sur support électronique, de sorte qu'il

⁵⁶ Voir pour l'art. 28 CC: ATF 123 III 385 c.4a; ATF 122 III 449; sic! 2000 221 (Tribunal supérieur Lucerne, 3 décembre 1999, «*Vertragsbruch*», qui concerne également l'art. 3 lit. a LCD); sic! 1999 167 (Tribunal du cercle VIII de Berne-Laupen, 23/24 novembre 1998, «*Gelbe Lebensversicherungen*», qui concerne également l'art. 3 lit. a LCD). Pour l'art. 3 lit. a LCD, outre les deux arrêts cantonaux précités: ATF 125 III 185; ATF 124 IV 262; ATF 124 IV 162; ATF 123 III 354. Nous n'analyserons pas ici les conditions auxquelles ces dispositions peuvent éventuellement entraîner une responsabilité des divers intermédiaires que sont les fournisseurs d'accès et d'hébergement, question qui mérite une étude en soi. Voir à ce sujet en droit suisse, J. BENEDICT, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, in: *Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Lausanne 2000, pp. 11 et suivantes.

⁵⁷ *Fiona Shevill c. Presse Alliance SA*, du 7 mars 1995, Rec. 1995 415.

⁵⁸ Dans le même sens: DUTOIT, Internet, pp. 162 et suivante.

convient soit de renoncer de manière globale à l'application de cette jurisprudence en la modifiant — ce qui est souhaitable, soit de l'appliquer également pour les actions en dommages-intérêts en relation avec les actes illicites commis sur le réseau.

4. La prescription

La question de la prescription de l'action en dommages-intérêts résultant d'une atteinte à la personnalité ou d'un acte de concurrence déloyale commis sur Internet est également intéressante. A supposer que l'atteinte visée ne soit pas punissable sous l'angle du droit pénal⁵⁹, l'article 60 alinéa 1er CO prévoit que: «l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit»⁶⁰. Or, selon la jurisprudence, si l'ampleur du préjudice résulte d'une situation qui évolue, de manière irréversible ou non, régulière ou irrégulière, la prescription annale ne court pas avant le terme de l'évolution⁶¹. Partant, si l'on applique cette jurisprudence aux atteintes à la personnalité ou aux actes de concurrence déloyale commis sur Internet, il en résulte que la prescription ne commence pas à courir aussi longtemps que le site est actif, puisque l'atteinte se poursuit et que le dommage ne peut être arrêté.

Faut-il admettre que le délai relatif de prescription ne commence pas à courir aussi longtemps que le site est accessible? Pour éviter que toute action en dommages-intérêts reposant sur une atteinte commise au moyen d'Internet ne se prescrive systématiquement par dix ans et que le délai absolu ne devienne la règle, on devrait selon nous pouvoir exiger de la personne lésée qu'elle s'adresse à toute personne disposant d'une certaine maîtrise sur le site qu'elle est en mesure d'identifier pour exiger de sa part le blocage provisoire du site⁶², voire qu'elle dépose une requête de mesures provisionnelles tendant à un tel blocage. Une fois le site bloqué, rien n'empêche l'appréciation du

⁵⁹ Dans cette hypothèse, l'article 60 alinéa 2 CO prévoit que la prescription de plus longue durée de l'action pénale est applicable à l'action civile.

⁶⁰ Le «fait dommageable» faisant partir le délai absolu de dix ans est le jour de la mise sur le réseau des informations litigieuses. Nous considérons que la mise à jour du site ou la diffusion des informations sous un nouveau nom de domaine fait courir un nouveau délai de prescription de dix ans.

⁶¹ SJ 1995 167; ATF 112 II 118 c.4, JdT 1986 I 106. Voir également OR-BERTI, 2ème édition, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, ad art. 60 n° 7, p. 441 et les arrêts cités.

⁶² Outre l'éditeur du site, nous pensons ici aux fournisseurs d'hébergement, voire d'accès.

dommage. Si le lésé renonce à cette possibilité, on devrait pouvoir le lui reprocher. Partant, il convient de se demander si, en raison des particularités d'Internet, la seule condition pour faire partir le délai annal de prescription de l'article 60 alinéa 1er CO ne devrait pas être la connaissance de l'auteur du dommage, voire de toute personne susceptible d'exercer un contrôle effectif sur le site, puisqu'il ne dépend alors que du lésé de réclamer le blocage du site pour permettre l'appréciation de son dommage, cas échéant moyennant le dépôt d'une requête de mesures provisionnelles. En décider autrement ne permettrait-il pas au lésé de repousser l'ouverture d'une action comme bon lui semble et de spéculer ainsi sur le montant de son dommage?

III. CONCLUSION

Les atteintes à l'honneur commises sur Internet peuvent donner lieu à l'ouverture d'une enquête pénale et à une action civile.

Dans un domaine comme dans l'autre, les premières questions à résoudre sont celles de la compétence des tribunaux et de l'applicabilité du droit suisse. Les lieux de l'acte et du résultat seront déterminants dès l'instant où l'auteur des propos dénigrants n'est pas domicilié en Suisse⁶³. Si doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que le lieu de l'acte est celui du chargement des données, la question est plus délicate s'agissant du lieu du résultat. A cet égard, la simple accessibilité du site ne suffit pas à fonder la compétence des tribunaux suisses. Est selon nous décisif le critère de la prévisibilité, soit la question de savoir si l'auteur pouvait s'attendre à ce que le public suisse fasse partie des lecteurs de l'écrit diffamant, ce qui dépendra du contenu du site visé.

Que l'on se place sous l'angle du droit pénal ou sous celui du droit civil, la prescription de l'action ne commence à courir qu'à partir du moment où le site est désactivé, puisque l'atteinte continue à déployer ses effets aussi longtemps que le site peut être atteint. Si l'action en dommages-intérêts faisant suite à une telle atteinte se prescrit en théorie par un an à compter du jour où la partie a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, la prescription ne court pas tant que le dommage perdure, soit aussi longtemps que le site reste accessible. Pour éviter que toute action en dommages-intérêts ne se prescrive par dix ans, il serait à notre avis opportun de

⁶³ Selon un quotidien en ligne, la start-up américaine *Safeweb* aurait développé un logiciel rendant impossible l'identification de la source comme de la destination de l'information interceptée sur les réseaux IP; cette technologie, qui aurait été acquise par la CIA elle-même, ne risque-t-elle pas de faire d'Internet un paradis pour les cybercriminels au nom de la protection de la vie privée, en rendant toute poursuite quasi illusoire? Voir <<http://www.zdnet.fr/actu>>, du 17 février 2001.

faire dépendre le point de départ de la prescription de la seule connaissance de l'auteur du dommage ou de toute personne exerçant une maîtrise effective sur le site où ces informations sont diffusées, puisque l'on peut alors attendre du lésé qu'il exige de cette personne le blocage du site.

* * *

TABLE DES MATIERES

I.	<u>LA SITUATION SOUS L'ANGLE DU DROIT PÉNAL</u>	182
1.	<u>Le droit pénal dans l'espace</u>	182
2.	<u>Le droit pénal des médias</u>	186
3.	<u>L'atteinte à l'honneur (pro memoria)</u>	188
4.	<u>La prescription</u>	188
II.	<u>LA SITUATION SOUS L'ANGLE DU DROIT CIVIL</u>	189
1.	<u>La compétence et le droit applicable</u>	189
2.	<u>L'application du droit matériel (pro memoria)</u>	195
3.	<u>Le dommage</u>	196
4.	<u>La prescription</u>	197
III.	<u>CONCLUSION</u>	198
