



Chapitre de livre

2024

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression? Suites de l'ATF 149 I 2

Benhamou, Yaniv

How to cite

BENHAMOU, Yaniv. Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression? Suites de l'ATF 149 I 2. In: 40 : contributions à l'occasion du jubilé des 40 ans de l'AIEP. Berne : Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision AIEP, 2024. p. 31–52.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:182233>



Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression ? Suites de l'ATF 149 I 2

Yaniv Benhamou

Membre de AIEP, avocat, Professeur de droit du numérique et de l'information à l'Université de Genève

Table des matières

1. Introduction.....	33
2. ATF 149 I 2 (suppression de commentaires sur les forums en ligne).....	33
2.1 Résumé de l'arrêt	34
2.2 Critiques	35
2.3 Réponses aux critiques	36
 3. Conditions à la suppression des commentaires sur les forums en ligne	38
3.1 Remarques préalables : décision d'ouvrir la colonne de commentaire.....	38
3.2 Base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst.	39
3.2.1 Examen de la base légale comme 1 ^{ère} condition	39
3.2.2 Base légale formelle ou matérielle.....	39
3.2.3 Netiquette comme base légale.....	40
3.2.4 Protection civile ou pénale de la personnalité et LRTV comme base légale.....	41
3.3 Intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.	44
3.4 Proportionnalité au sens de l'art. 36 al. 3 Cst.	45
3.5 Casuistique : tentative de catégorisation des cas de suppression de commentaires	46
 4. Recommandations et conclusion.....	48

Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression ? Suites de l'ATF 149 I 2¹

1. Introduction

Les réseaux sociaux et autres forums en ligne sont de plus en plus utilisés par les jeunes et les moins jeunes comme source d'information et/ou pour s'exprimer et commenter l'actualité à travers des commentaires. Cela concerne aussi bien les forums en ligne privés (p.ex. compte Instagram individuel d'un-e internaute) (ci-après « médias privés ») que les forums en ligne de radiodiffuseurs suisses soumis à la surveillance LRTV (p.ex. compte Instagram de SRF News) (ci-après « médias traditionnels »). En effet, la SSR (ou tout autre radiodiffuseur suisse soumis à la surveillance LRTV) utilise souvent les réseaux sociaux pour communiquer ses publications et permettre au public de réagir. Les commentaires peuvent être illicites lorsqu'ils contreviennent au cadre légal, par exemple des commentaires haineux ou offensants violant les normes civiles ou pénales, ou véhiculant de fausses informations contraires au principe d'objectivité. Ils peuvent être aussi « indésirables » au sens des règles internes des médias traditionnels (appelées souvent « Netiquette ») ou des conditions générales d'utilisation (CGU) des médias privés lorsqu'ils contreviennent à ces règles, par exemple des commentaires jugés choquants ou immoraux. Ces commentaires illicites et/ou indésirables peuvent être alors retirés et les comptes bloqués en cas de violation du cadre légal et/ou des règles internes. Cette suppression des commentaires ou le blocage de comptes pose la question de la modération des forums en ligne et des commentaires, en particulier du contrôle judiciaire de cette modération y compris de la désinformation. Cette question a été traitée dans l'ATF 149 I 2, mais beaucoup de points restent encore à clarifier. La présente contribution vise à faire le point.

2. ATF 149 I 2 (suppression de commentaires sur les forums en ligne)

Avant l'ATF 149 I 2, les commentaires et autres contenus générés par les utilisateurs (*user generated content*, UGC) publiés sur les forums en ligne des médias traditionnels étaient

¹ Cette contribution a été développée dans un autre article « Contrôle judiciaire des commentaires en ligne et de la désinformation » de la Semaine judiciaire avec l'ajout de chapitres III et IV (contrôle judiciaire des forums publics et privés). Les propos contenus dans la présente contribution n'engagent que son auteur. L'auteur remercie vivement Prof. Bertil Cottier ainsi que les membres de l'AIEP, dont M. Armon Vital (membre de l'AIEP) et M. Pierre Rieder (secrétaire général de l'AIEP) pour leurs commentaires sur ce sujet ainsi que M. Ilya Skurikhin (auxiliaire de recherche au Digital Law Center) pour son aide à la finalisation du manuscrit.

considérés comme non soumis aux règles en matière de programme et de surveillance LRTV, mais uniquement soumis aux règles internes du média concerné communiquées sous forme de « Netiquette » (règles internes de la SSR qui définissent les bonnes pratiques de communication sur Internet)². L'organisme de médiation de la SSR jugeait toutefois important que la SSR filtre ou corrige les commentaires problématiques à travers sa Netiquette (p.ex. contenus malveillants ou tendanciellement racistes), afin que le public puisse continuer de s'exprimer sur ces forums³. Dans l'ATF 149 I 2, le TF a renversé cette conception et reconnu la compétence de l'AIEP pour juger de la modération des commentaires en ligne par les médias traditionnels au motif que les commentaires des internautes forment une unité avec la rédaction et font ainsi aussi partie des « *autres services journalistiques* » de la SSR. Depuis, l'AIEP doit juger, sur plainte, si la suppression de tels ou tels commentaires est admissible.

2.1 Résumé de l'arrêt

En 2021, une internaute a posté un commentaire sur le compte Instagram de la SSR répondant à un article de SRF News « *Deutschland schafft kostenlose Corona-Tests ab* » (L'Allemagne supprime les tests Covid gratuits). Le commentaire a été supprimé quelques heures plus tard par la rédaction de SRF News au motif qu'il était incompatible avec la « Netiquette ». L'auteure du commentaire a d'abord saisi l'organe de médiation de la SSR puis l'AIEP qui n'est pas entrée en matière sur la plainte de l'intéressée.⁴

Le TF admet le recours et la compétence pour juger si la suppression de commentaires était admissible. Pour fonder une telle compétence, le TF considère que les commentaires font partie des « *autres services journalistiques* » (« *übriges publizistisches Angebot (üpA)* ») de la SSR (tâche publique soumise à concession) qui permettent d'échanger des avis au sujet de la contribution rédactionnelle en question et forment une unité avec la rédaction⁵. Si la SSR met à disposition de tels forums d'expression en dehors de ses programmes, elle doit le faire conformément aux droits fondamentaux et tenir compte de son rôle de fournisseur

2 Message LRTV, ch. 2.2.2; CF, Rapport Cadre juridique, p. 9; cf. Schürch, rappelant que la SSR connaît deux types de Netiquette: (i) l'une applicable aux UGC publiés sur le site de la SSR, lorsque l'option « commenter » est ouverte; (ii) l'autre applicable aux UGC publiés sur les réseaux sociaux de la SSR. Dans cette dernière la SSR réserve le droit d'effacer tout commentaire ou de bloquer l'accès aux pages SSR lorsque les contenus suivants sont publiés.

3 CF, Rapport cadre juridique; OFCOM, Netiquette SRF, examinant la pratique de la SSR en lien avec la modération d'UGC publié sur le site internet de la SSR, recommandant d'informer les utilisateurs lorsque des commentaires sont effacés ou ne sont pas publiés.

4 ATF 149 I 2 p. 3.

5 ATF 149 I 2 consid. 2.2.3 (« Die Kommentarfunktion zu den Social-Media-Beiträgen im übrigen publizistischen Angebot (üpA) steht in engem Zusammenhang mit den der SRG diesbezüglich übertragenen und aus den Radio- und Fernsehangeboten finanzierten konzessionsrechtlichen Aufgaben im Programmbereich [...]. Sie dient dem Meinungsaustausch und der Meinungsbildung rund um einen redaktionellen Beitrag der SRG in ihrem übrigen publizistischen Angebot (üpA) und bildet eine Einheit mit diesem, weshalb ihre Beschränkung funktional die entsprechende öffentlichrechtliche Rechtsnatur teilt »).

titulaire d'une concession dans le domaine de la radio-TV⁶. En supprimant des commentaires ou en bloquant des comptes individuels, à titre temporaire ou permanent, la SSR porte atteinte à la liberté d'expression des personnes concernées. Une voie de droit respectant les exigences constitutionnelles (article 29a Cst.) doit donc être ouverte⁷. À cet égard, les voies de droit civil et pénal ne sont pas des recours suffisamment effectifs: la suppression d'un commentaire ne constitue pas en principe une atteinte à la personnalité ou à l'honneur ouvrant la voie civile ou pénale et une procédure administrative de surveillance de l'OFCOM est généralement insuffisante⁸. On ne saurait donc envisager une autre voie de droit que l'AIEP (chargée de traiter les plaintes concernant des publications rédactionnelles). Ainsi, si la SSR supprime un commentaire relatif à une contribution rédactionnelle dans le cadre de ses autres services journalistiques, elle accomplit également un acte rédactionnel⁹. La SSR ne peut restreindre la liberté d'expression (dans le domaine de la publicité) que si des motifs importants le justifient¹⁰. L'AIEP doit examiner, sur recours, si la SSR a porté une atteinte admissible à la liberté d'expression de l'auteur d'un commentaire supprimé.

2.2 Critiques

Cette décision a fait l'objet de nombreuses critiques¹¹. Une première critique est que le TF a procédé à une interprétation *contra legem*, puisque le législateur avait précisé lors de la révision LRTV que les commentaires ne font pas partie de l'offre éditoriale nécessitant un contrôle administratif de l'AIEP et que les commentaires ne forment pas une unité avec l'offre journalistique¹². Ils consistent uniquement en des opinions personnelles. Ils ne sont pas conçus pour permettre un dialogue avec la population.

Une deuxième critique est que les voies de recours civiles et pénales sont suffisantes et que le contrôle de la Netiquette est une norme d'auto-régulation, dont l'admissibilité

6 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 (« Bietet sie solche Foren an und vermischen sich dabei – wie hier – auf ihren Social-Media-Plattformen Beitrag und Nutzerkommentar zu einer Einheit, muss sie grundrechtskonform handeln und ihrer Rolle als dominierende, von Gesetzes wegen weitgehend aus den Radio- und Fernsehgebühren finanzierte gesamtschweizerisch konzessionierte Anbieterin im Radio- und Fernsehbereich Rechnung tragen »).

7 ATF 149 I 2 consid. 3.1 (« Mit der Löschung von Kommentaren oder dem individuellen, temporären oder dauernden Ausschluss vom Zugang zu ihrem Social-Media-Angebot greift die SRG – unbestrittenermassen – in die Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV) der betroffenen Personen ein. Im Zusammenhang mit der Anwendung der «Netiquette» muss deshalb ein den Anforderungen von Art. 29a BV genügender Rechtsweg offenstehen »).

8 ATF 149 I 2 consid. 3.2.2 (« Obwohl grundsätzlich auch ein zivilrechtliches Rechtsmittel die Voraussetzungen der Rechtsweggarantie erfüllen kann [...] ist dies im vorliegenden Zusammenhang nur ausnahmsweise der Fall [...] Die Streichung eines Kommentars [...] gegenüber den Kommentierenden in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ff. ZGB oder eine strafrechtlich sanktionierte Ehrverletzung dar »).

9 ATF 149 I 2 consid. 3.3.1 (« Löscht die SRG aktiv einen Kommentar zu einem redaktionellen Beitrag im übrigen publizistischen Angebot (üpa) und greift sie damit in die Meinungsfreiheit der kommentierenden Person ein, liegt hierin – wegen der engen Verbundenheit zwischen dem redaktionellen Beitrag und den Kommentaren dazu [...] ein wertender redaktioneller Akt »).

10 ATF 149 I 2 consid. 2.3.3 (« des contenus publicitaires ne peuvent être refusés qu'en présence de motifs importants tels que la violation d'intérêts prépondérants de tiers [p. ex. contenus discriminatoires, haineux, mettant en danger les mœurs, ou dépréciant les croyances religieuses ou les opinions politiques] »).

11 AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 16; Dürermuth, p. 1042; Sidler, UBI muss behandeln.

12 Message LRTV, ch. 2.2.1 et 2.2; AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 16.

incombe à l'OFCOM¹³. De plus, chaque personne concernée a le droit de demander à une autorité, ici l'OFCOM, une décision susceptible de recours, ouvrant ainsi la voie légale pour faire valoir ses droits¹⁴.

Une troisième critique est que la liberté d'expression des internautes peut entrer en conflit avec la liberté des médias (dont l'autonomie des programmes, art. 17 et 93 al. 3 Cst)¹⁵.

Une quatrième critique est qu'il semble contraire au système de plainte AIEP de l'étendre aux commentaires en ligne, sachant que le système de plainte de l'AIEP a pour objectif que chacun puisse accéder aux médias, en particulier pendant les périodes de votation et pour assurer des conditions de concurrence équitables dans la campagne électorale et de votation¹⁶. N'importe quel commentaire en ligne semble ainsi éloigné de tels objectifs.

Une cinquième critique est que l'arrêt conduit à qualifier chaque commentaire d'internaute d'offre journalistique. Chaque internaute pourrait ainsi demander à corriger un contenu éditorial jugé inadéquat. Le commentaire devrait aussi se conformer aux règles de programme, ce qui ouvre la voie à une possible avalanche de plaintes auprès de l'AIEP¹⁷.

2.3 Réponses aux critiques

Les critiques émises à l'encontre de l'ATF 149 I 2 sont légitimes et bien étayées. Il est toutefois possible d'y répondre comme suit.

S'agissant de la première critique, l'interprétation des commentaires comme formant une unité journalistique peut être justifiée par le fait que ce ne sont pas les commentaires eux-mêmes qui font partie d'une unité journalistique mais uniquement leur suppression par la SSR, laquelle est qualifiée d'acte rédactionnel¹⁸. Les commentaires permettent par ailleurs bien un dialogue avec la population, chacun pouvant ainsi exprimer ses opinions, ce qui participe à l'offre journalistique.

La compétence de l'AIEP pourrait être par ailleurs limitée aux seuls commentaires formant une unité avec la rédaction. Elle serait ainsi admise lorsque les commentaires répondent à l'article correspondant ou critiquent la position des radiodiffuseurs suisses, mais serait exclue lorsque les commentaires n'ont aucun lien avec l'article correspon-

13 AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 17. L'OFCOM a d'ailleurs procédé à une évaluation de la Netiquette et de la modération des contenus, en recommandant une transparence complète en cas de non-publication pour violation de la netiquette, cf. OFCOM, Netiquette SRF.

14 AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 18.

15 AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 16.

16 Dumermuth, p. 1049.

17 AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 19.

18 ATF 149 I 2 consid. 3.3.1 («Lösch die SRG aktiv einen Kommentar [...] liegt hierin – wegen der engen Verbundenheit zwischen dem redaktionellen Beitrag und den Kommentaren dazu [...] ein wertender redaktioneller Akt»).

dant¹⁹. Si cette approche a le mérite d'éviter que tout commentaire quel qu'il soit ne soit soumis à la surveillance LRTV, elle conduirait toutefois à décaler le problème puisque la rédaction puis cas échéant l'AIEP auraient la délicate tâche de déterminer quand un commentaire a un lien avec l'article correspondant. Cela conduirait à complexifier le contrôle judiciaire des commentaires puisque les requérants pourraient contester la compétence de l'AIEP déjà sur cette question.

S'agissant de la deuxième critique, les voies de recours civiles ou pénales semblent bien insuffisantes pour l'auteur du commentaire puisqu'il peut difficilement invoquer une atteinte à la personnalité ou à l'honneur. Ces voies sont encore davantage insuffisantes pour d'autres plaignants, puisque les autres griefs, tels que la désinformation (violation du principe d'objectivité) échappent aux voies civiles et pénales²⁰.

S'agissant de la troisième critique, la liberté d'expression des internautes peut entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux, dont celui de la liberté des médias, ce qui est typique en matière de droits fondamentaux (*Grundrechtskollision*) et suppose une pesée de intérêts du législateur ou à défaut du juge²¹.

S'agissant de la quatrième critique, si l'arrêt conduit à ce que chaque commentaire doive se conformer aux règles de programme et à un risque d'avalanche de plaintes auprès de l'AIEP, c'est peut-être une bonne chose : chaque auteur d'un commentaire doit se responsabiliser et se demander si son commentaire est pertinent, cas échéant s'il ne véhicule pas de fausse information, d'autant plus qu'il peut ensuite invoquer sa liberté d'expression devant l'AIEP s'il estime que la suppression de son commentaire viole les conditions de l'art. 36 Cst. Ce n'est pas à l'AIEP ni au public de supporter le manque de moyens dont l'administration dispose pour traiter des plaintes. Cette garantie d'accès à un juge indépendant est une tendance à l'international et, vu l'internationalisation des médias et des réseaux sociaux, il semble important que la Suisse suive ces développements²².

Enfin et surtout, maintenant que l'arrêt a été rendu (et publié aux ATF), il convient de l'appliquer, si bien que l'AIEP doit entrer en matière en cas de plainte concernant la suppression de commentaires en ligne sur les forums opérés par la SSR, ce que l'AIEP a fait depuis²³. Précisons encore que le TF se prononcera à nouveau sur ces questions prochainement puisque l'une des décisions de l'AIEP fait actuellement l'objet d'un recours au TF. Il s'agit de la décision b. 966 (« Kim Jong-un reist in kugelsicherem Zug ») dans laquelle

19 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 (« Bietet sie solche Foren an und vermischen sich dabei – wie hier – auf ihren Social-Media-Plattformen Beitrag und Nutzerkommentar zu einer Einheit, muss sie grundrechtskonform handeln »).

20 ATF 149 I 2 consid. 3.2.2.

21 Ci-après II. C.

22 Ci-après, Conclusion.

23 AIEP b. 945/949; AIEP b. 960; AIEP b. 966/972. Cf. Oliver Sidler, *medialex* 2024.

l'AIEP a confirmé la légitimité de supprimer un commentaire au motif qu'il portait inutilement atteinte à la personnalité des modérateurs de la rédaction²⁴.

3. Conditions à la suppression des commentaires sur les forums en ligne

3.1 Remarques préalables: décision d'ouvrir la colonne de commentaire

A titre préalable, on peut se demander s'il existe une obligation pour les médias traditionnels d'ouvrir la colonne de commentaires respectivement s'il existe un droit des internautes à commenter les publications, sachant que la pratique des médias suisses est tantôt d'ouvrir la colonne de commentaires tantôt de la fermer ?

Selon nous, la réponse doit être négative. Le TF a précisé que « *si la SSR met à disposition des forums d'expression en ligne, elle doit agir de la manière la plus conforme possible aux droits fondamentaux* » et tenir compte de son rôle de fournisseur titulaire d'une concession radio-TV, sous entendant qu'il n'y a aucune obligation d'exploiter un forum²⁵.

En revanche, si la SSR décide d'ouvrir la colonne de commentaires, elle doit non seulement respecter les conditions de l'art. 36 Cst. pour supprimer les commentaires, mais aussi les règles minimales de la LRTV. Cela concerne par exemple le principe d'objectivité (art. 4 al. 2 LRTV). En particulier, la SSR doit s'assurer que des commentaires ne véhiculent pas de fausses informations () que le public percevrait comme une information objective, et non comme des opinions personnelles²⁶. Cela concerne aussi le principe de non-discrimination (art. 4 al. 1 LRTV). En particulier, la SSR doit s'assurer de traiter tout internaute de la même manière. Or, il semble que la possibilité de commenter les publications de la SSR sur les réseaux sociaux est parfois limitée à certains internautes au détriment d'autres. Par exemple, en avril 2024, il n'était plus systématiquement possible de commenter les publications de RTSinfo sur Instagram²⁷. Certaines Netiquettes SSR n'autorisent par ailleurs que l'allemand standard, à l'exclusion des dialectes²⁸. On pourrait considérer qu'il s'agit d'une atteinte au principe de non-discrimination, voire à la liberté d'information

24 AIEP b. 966/972 consid. 4.6 (« Der Kommentar des Beschwerdeführers beschränkt sich aber nicht auf eine sachliche Kritik von Thema und Fokus des Artikels, sondern greift die verantwortlichen Redaktionsmitglieder von «SRF News» an. [...] Den Fragestil erachtet er als «infantil», was ein negativ konnotiertes Attribut darstellt »).

25 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 (« Bietet sie solche Foren an und vermischen sich dabei – wie hier – auf ihren Social-Media-Plattformen Beitrag und Nutzerkommentar zu einer Einheit, muss sie grundrechtskonform handeln und ihrer Rolle als [...] konzessionierte Anbieterin im Radio- und Fernsehbereich Rechnung tragen »); Sidler, UBI muss behandeln.

26 Les décisions relatives au principe d'objectivité sont nombreuses. Pour un exemple ATF 137 I 340 consid. 3.1. Pour le surplus, cf. commentaire LRTV, Masmejan ad art. 4 al. 2.

27 Cf. <https://www.instagram.com/rtinfo> (22.04.2024). Selon les observations de l'auteur et de ses collaborateurs, les publications de RTSinfo sur Instagram n'étaient ouvertes à commentaires que pour certains utilisateurs et pas pour d'autres, sans qu'il soit clair si ces restrictions proviennent de RTSinfo ou de la plateforme Instagram. Par ailleurs, RTSinfo semble exclure les commentaires pour tous les utilisateurs sur certaines publications.

28 Voir p. ex. la Netiquette Valeur publique SSR: « les commentaires sont rédigés en allemand standard, dans une langue nationale suisse ou en anglais » <https://publicvalue.srgsr.ch/fr/netiquette/> (25.07.2024).

des internautes puisque certains semblent avoir accès à une telle fonction, d'autres pas, sans savoir par ailleurs pourquoi.

En résumé, la décision d'ouvrir la colonne de commentaire est une décision libre de la rédaction mais doit se faire dans le respect des règles LRTV, dont le principe de non-discrimination.

3.2 Base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst.

La suppression de commentaires par la SSR (ou tout autre radiodiffuseur suisse soumis à la LRTV qui assume une tâche étatique d'informer le public) relève de la liberté d'expression²⁹. Il s'agit donc d'une restriction aux droits fondamentaux qui doit respecter les conditions de l'art. 36 Cst. : toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (art. 36 al. 1), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2) et être proportionnée au but visé (art. 36 al. 3). L'essence du droit est par ailleurs inviolable (art. 36 al. 3)³⁰. Les trois 1^{ères} conditions (base légale, intérêt public, proportionnalité) sont analysées ci-dessous, la 4^{ème} (essence du droit) se confondant généralement avec la 3^{ème} condition de proportionnalité³¹.

3.2.1 Examen de la base légale comme 1^{ère} condition

Lors d'une plainte concernant la suppression d'un commentaire, la question se pose de savoir s'il faut dans tous les cas vérifier toutes les conditions de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité, essence du droit). La réponse est négative. La jurisprudence du TF a établi une hiérarchie entre les motifs justificatifs (base légale, intérêt public ou droit fondamental d'autrui). Si la 1^{ère} condition de base légale fait défaut (art. 36 al. 1 Cst.), les tribunaux n'examinent plus l'existence des autres conditions³². Par ailleurs, si la base légale est vague, le principe de proportionnalité doit être analysé de façon plus stricte³³.

3.2.2 Base légale formelle ou matérielle

La base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. justifiant une restriction aux droits fondamentaux peut être matérielle et, lorsqu'elle atteint un degré de gravité, doit être formelle (art. 36 al. 1 2^{ème} phrase Cst.). La gravité de la restriction est analysée au cas par cas à la lumière des critères développés par la jurisprudence, tels que : (1) faculté dont le titulaire

29 ATF 149 I 2 consid. 2.2.3; cf. aussi Müller.

30 Pour une analyse des conditions, cf. BSK BV-Epiney, ad art. 36 N 1 ss; CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 1ss; Schweizer/Krebs, N 1 ss.

31 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 127 et les références.

32 ATF 146 I 11 consid. 4.3; ATF 139 I 280 consid. 5.6; Schweizer/Krebs, N 17.

33 ATF 147 I 103 consid. 16, 130; ATF 136 I 87 consid. 3.1; Schweizer/Krebs, N 17.

est privé (essentielle, ordinaire, négligeable), (2) étendue et durée de la mesure étatique litigieuse (interdiction avec ou sans possibilité de dérogation, provisoire ou durable), et (3) nombre de personnes touchées par la mesure à qualifier³⁴. Cela pose la question de savoir si la suppression de commentaires est une atteinte grave qui nécessiterait une base légale formelle ou, si ce n'est pas le cas, si seule une base légale matérielle suffit et laquelle ?

A notre avis, la suppression du commentaire n'est pas une restriction grave vu son caractère temporaire et que cela ne touche que l'auteur du commentaire, cas échéant les personnes visées par le commentaire. Seule une base légale matérielle suffit donc. Il convient toutefois d'analyser encore laquelle.

3.2.3 *Netiquette comme base légale*

La SSR indique généralement les règles de comportement des internautes sur les forums en ligne (page officielle du média sur les réseaux sociaux ou sur son site web) à travers la netiquette (« Netiquette »), ce qui est comparable aux règles communautaires des réseaux sociaux en matière de modération des contenus³⁵. Cela pose la question de savoir si la Netiquette peut être qualifiée de base légale suffisante pour restreindre la liberté d'expression des internautes ?

Selon nous, la réponse doit être négative. La Netiquette est une règle d'organisation interne (autocontrôle) qui prévoit comment les internautes doivent se comporter et comment le média concerné gère les commentaires. Elle n'a pas de portée juridique propre. Elle n'est en effet pas un acte matériel étatique ni une norme contraignante au sens de l'art. 36 Cst. car elle ne touche pas un nombre indéterminé d'utilisateurs (elle touche seulement ceux ayant créé un compte sur le média concerné pour accéder à la fonctionnalité « commentaires ») et n'est pas adoptée selon un processus étatique (elle est adoptée unilatéralement par le média concerné sans processus démocratique)³⁶. Elle peut être donc qualifiée de mesure d'organisation interne sans effet contraignant (*soft law*)³⁷, comparable aux CGU des plateformes, à la différence que la Netiquette n'est pas acceptée par les internautes sur les plateformes³⁸.

34 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 42 et les nombreuses références, indiquant que la gravité de la restriction a été admise en cas de restriction de la liberté de mouvement (art. 10 Cst.) sous forme de condamnation d'une personne à une peine privative de liberté, de la liberté d'information (art. 13 et 16 Cst.) ou en cas de restriction à la liberté religieuse (art. 15 Cst.) sous forme d'interdiction du port du voile aux élèves de l'école.

35 Pour des exemples de Netiquette, cf. celle Swissinfo.ch : <https://www.swissinfo.ch/fre/economie/netiquette-et-conditions-d-utilisation-dialogue/48752962> (26.07.2024) et de RTSinfo sur Instagram : <https://www.instagram.com/stories/highlights/17933151505597665/?hl=en> (26.07.2024) ; Pour un aperçu des règles communautaires d'une vingtaine de plateformes, cf. <http://www.tommasoventurini.it/CG/> (26.07.2024).

36 Bergianti/Riedo, écartant encore la qualification de « décision de suspension générale et abstraite » au motif qu'elle n'est pas générale et abstraite mais individuelle.

37 Bergianti/Riedo, p. 263.

38 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 ; Dummermuth, p. 1057.

Enfin, si le TF se réfère à la Netiquette pour restreindre la liberté d'expression dans l'ATF 149 I 2³⁹, il le fait selon nous après avoir démontré que les motifs de la Netiquette relèvent d'autres fondements légaux et après avoir rappelé que sa jurisprudence antérieure en matière de publicité continue de s'appliquer. Sa jurisprudence antérieure est l'ATF 139 I 306, dans laquelle le TF a précisé que des CGU ne sont pas une base légale suffisante pour restreindre les droits fondamentaux⁴⁰.

Ainsi, la Netiquette ne peut être qualifiée de base légale au sens de l'art. 36 Cst. pour restreindre la liberté d'expression. Elle ne fait que « traduire », rendre aux internautes intelligibles les bases légales justifiant la restriction à la liberté d'expression (p. ex. droits fondamentaux concrétisés par la LRTV et la protection civile et pénale de la personnalité) (cf. ci-dessous 4). Par analogie, on peut songer aux moteurs de recherche (p. ex. Google, Bing) qui ont transposé leurs formulaires le droit à l'oubli reconnu par la jurisprudence de la CJUE et ancré dans le RGPD. Ce formulaire et les conditions générales des moteurs de recherche ne sont pas une base légale justifiant l'admission ou le refus du droit à l'oubli, ils ne font que se référer et rappeler aux internautes les bases légales, sur lesquelles exercer un tel droit⁴¹.

Il convient de s'interroger sur d'autres fondements légaux justifiant la suppression des commentaires.

3.2.4 Protection civile ou pénale de la personnalité et LRTV comme base légale

Comme fondements légaux justifiant la suppression des commentaires, on peut songer aux autres droits fondamentaux de tiers visés par un commentaire litigieux (protection de la sphère privée) concrétisés par les lois fédérales, telles que les normes privées consacrant la protection civile de la personnalité ou les normes pénales réprimant les délits contre l'honneur (CC 28, CP 173 ss) ou encore la concurrence déloyale (art. 3 al. 1 let. a LCD).⁴² On peut même songer au droit d'auteur (LDA), lorsqu'un commentaire contient

39 ATF 149 I 2 consid. 4.2 (« Die Grenze für die Löschung eines in die Meinungsäusserungsfreiheit der Nutzer fallenden Kommentars, welche die SRG als grundrechtsgebundene Veranstalterin zu respektieren und nicht grundlos zu beschränken hat, liegt dort, wo gar keine relevante Beeinträchtigung im Sinne der Vorgaben der «Netiquette» selber (mehr) vorliegt »).

40 ATF 149 I 2 consid. 4.3, en référence à l'ATF 139 I 406 consid. 4.1 (« Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der publisuisse SA genügten mit Blick auf die Grundrechtsbindung der SRG hierzu nicht, auch wenn sie ausdrücklich vorsehen, dass geschäfts- oder imageschädigende Werbungen zurückgewiesen werden können. Dabei handelt es sich nicht um eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV »).

41 Pour un exemple, cf. le formulaire de Google <https://support.google.com/legal/answer/10769224?hl=fr> (« Pour déterminer quoi supprimer, les moteurs de recherche doivent déterminer si les informations mises en cause sont « inexactes, inadéquates, non pertinentes ou excessives » et s'il est d'intérêt public qu'elles restent disponibles dans les résultats de recherche. »).

42 ATF 149 I 2 consid. 2.3.3 en matière de réseaux sociaux, en référence à l'ATF 139 I 306 consid. 4.2 en matière de publicité (« Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Werbetreibenden seitens der SRG zulässig sein könne [für Inhalte die] irreführend oder unlauter seien oder aber zu einem Verhalten anregten, welches die Gesundheit, die Umwelt oder die persönliche Sicherheit gefährdeten oder persönlichkeitsverletzend erschienen persönlichkeitsverletzend erschienen »).

des contenus en violation du droit d'auteur (p. ex. des images, vidéos ou textes publiées sans autorisation des ayants droit), voire aux infractions pénales informatiques (p. ex. art. 143, 143bis, 144bis, 179novies CP), lorsque le commentaire est une tentative de *phishing*⁴³.

Dans le contexte de la LRTV, on peut encore songer à la liberté des médias (art. 93 al. 3 Cst.), concrétisée par l'autonomie des médias dans la conception de leurs programmes (art. 6 LRTV) ainsi que les règles en matière de programmes, telles que le respect de la dignité humaine et la non-discrimination (notamment ne pas porter de haine raciale, atteinte à la moralité publique ou faire l'apologie de la violence) (LRTV 4 al. 1). Cela pose la question de savoir si ces normes sont des bases légales suffisantes pour justifier la suppression de commentaires ?

Avec la suppression de commentaires, il existe par ailleurs une situation de conflit de droits fondamentaux (*Grundrechtskollision*) puisque le même acte étatique (la suppression du commentaire) entre dans le domaine de protection de droits fondamentaux de deux ou plusieurs personnes différentes dont les intérêts sont opposés dans la situation visée⁴⁴ : la protection de l'auteur du commentaire (liberté d'expression), du radiodiffuseur (liberté des médias) et, suivant les cas, de tiers (p. ex. protection de la sphère privée lorsqu'un commentaire porte atteinte à la personnalité d'autrui).

Les règles de rang constitutionnel consacrant les droits fondamentaux étant généralement formulées de manière insuffisamment claire et précise pour atteindre la densité requise pour porter atteinte à un autre droit fondamental, c'est leur concrétisation dans des lois qui permettra de restreindre le droit fondamental en question⁴⁵.

La concrétisation des droits fondamentaux doit être effectuée en premier lieu par le législateur. Lorsqu'il s'avère toutefois que la loi n'a pas été suffisamment concrétisée, que la protection offerte par les droits fondamentaux n'a été conçue que de manière incomplète, le juge ou toute autre autorité chargée d'appliquer la loi doit garantir le respect des droits fondamentaux par des moyens d'interprétation. En particulier, il doit résoudre le conflit entre droits fondamentaux, soit examiner l'admissibilité de l'atteinte en procédant à une pesée des intérêts en présence, cas échéant en comblant les lacunes⁴⁶. La base légale doit être toutefois suffisamment claire et précise pour que l'administré puisse adapter son comportement et comprendre les conséquences (principe de prévisibilité)⁴⁷. Il ne semble donc pas possible de renoncer totalement à la condition de base légale lors de la pesée des intérêts entre plusieurs droits fondamentaux. On doit au moins disposer

43 A propos des infractions pénales informatiques, cf. Benhamou/Wang, 81.

44 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 68.

45 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 78.

46 Müller, N 13 ; CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 68. A propos de la pesée des intérêts par le juge, cf. II.C. et II.D.

47 Schweizer/Krebs, N 25 ; CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 70 et 73.

de bases légales rudimentaires qui doivent être interprétées de manière conforme aux droits fondamentaux et, au besoin, compléter les lacunes.

A notre avis, les autres droits fondamentaux (p. ex. protection de la sphère privée, liberté des médias) peuvent remplir la condition de base légale au sens de l'art. 36 Cst. mais dans des conditions limitées.

A titre d'exemple, la protection de la sphère privée (concrétisée par la protection civile et pénale de la personnalité) ne peut servir de base légale au sens de l'art. 36 al. 1 que si les normes d'interdiction de droit civil, pénal ou de droit de la concurrence sont concrètement touchées, soit parce qu'une personne a été directement visée par le commentaire⁴⁸.

Comme autre exemple, l'interdiction des discriminations (concrétisée par l'art. 4 LRTV) ne peut servir de base légale que pour les contenus extrêmes, qui violent clairement une autre disposition légale. Les commentaires qui se bornent à présenter l'opinion de l'auteur, même si provocateur ou faux, ne peuvent être effacés sur cette base⁴⁹. De même, les émissions ou propos immoraux, haineux ou insultants au sens de l'art. 4 LRTV sont interdits, si bien qu'il est interdit de ridiculiser inutilement des personnes ou de les présenter de manière humiliante⁵⁰. Ces règles en matière de programme au sens de l'art. 4 LRTV devraient s'appliquer *mutatis mutandis* aux commentaires des internautes, d'autant que, selon l'ATF 149 I 2, les commentaires et les contributions rédactionnelles forment un tout⁵¹.

Par ailleurs, si la base légale est vague, le principe de proportionnalité doit être analysé de façon plus stricte⁵², si bien que la suppression devra être admise uniquement si elle apparaît strictement nécessaire pour protéger les autres droits fondamentaux⁵³. Cela sera analysé sous l'angle de la proportionnalité⁵⁴. En résumé, la condition de base légale nous semble remplie pour la suppression des commentaires avec la LRTV, en particulier les règles en matière de programme (art. 4 ss LRTV) couplée à l'autonomie du diffuseur (art.

48 Dans ce sens, cf. décision AIEP b. 966, mentionnée précédemment (I. C), concluant que le commentaire portait atteinte à la personnalité civile des membres de la rédaction SRF.

49 Le principe de non-discrimination a été interprété par l'AIEP et par le TF comme permettant un large spectre de programmation (ex. émission dans laquelle un participant a affirmé que l'islam n'est pas une religion mais une déclaration de guerre, du moment que les autres intervenants ont pu y répliquer). Ainsi, l'art. 4 LRTV permet une large liberté d'expression au sein du contenu rédactionnel de la SSR, qui ne saurait limiter la liberté dans les commentaires des utilisateurs, d'autant que les commentaires n'émanent pas de la SSR elle-même, et n'ont pas la même visibilité que le contenu rédactionnel. Cf. AIEP b. 565, décision du 10 mars 2008, Les minarets de la discorde, consid. 10.

50 AIEP b. 736 c. 5.5 s. « Persönlich »; AIEP b. 580 c. 8ss « Vom Reinfallen am Rheinfall », AIEP b. 448 du 15 mars 2002, c. 6 ss. « Sex: The Annabel Chong Story »; AIEP b. 380 c. 6.2 « 24 Minuten mit Cleo »).

51 Ci-dessus I. A.

52 ATF 147 I 103 consid. 16 p. 130; ATF 136 I 87 consid. 3.1; Schweizer/Krebs, N 17.

53 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 119 ss.

54 Ci-dessous II.D.

6 LRTV) ainsi que les autres lois fédérales, telles que les normes privées consacrant la protection civile de la personnalité ou les normes pénales réprimant les délits contre l'honneur (CC 28, CP 173 ss) ou encore la concurrence déloyale (art. 3 al. 1 let. a LCD).

Une exception toutefois : le blocage du compte d'un internaute (p.ex. pendant 6 mois comme plusieurs médias traditionnels le prévoit après avertissements) nous semble être une atteinte à la liberté d'expression sensiblement plus grave que la suppression d'un commentaire, si bien qu'il faudrait exiger une base légale formelle⁵⁵. Dans un tel cas, la base légale formelle nous semble manquer, si bien qu'il s'agit d'une véritable lacune pour le blocage de compte que l'AIEP peut combler en attendant que le législateur adopte une base légale formelle expresse pour le blocage des comptes, ou à tout le moins la base légale est trop vague pour une telle restriction, si bien qu'il faudra renforcer les deux autres conditions de l'art. 36 analysées ci-dessous.

3.3 Intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.

La restriction au droit fondamental doit être aussi justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2). Par « intérêt public », on peut songer au respect des droits fondamentaux par l'État, à travers la SSR qui exerce une tâche publique. Par « protection d'un droit fondamental d'autrui », on peut songer à la situation de conflit de droits fondamentaux évoqués plus haut (*Grundrechtskollision*) entre, d'une part, la liberté d'expression de l'internaute et, d'autre part, la liberté des médias de la SSR, cas échéant aussi la protection civile et pénale d'autrui.

Cela pose la question de savoir dans quelle mesure la SSR peut tenir compte de ses propres intérêts (*Eigeninteresse*) et/ou la protection d'autrui dans la situation visée ? Autrement dit, la liberté des médias de la SSR (ou la protection de tiers) peut-elle prévaloir sur la liberté d'expression de l'internaute ?

Selon nous, la réponse doit être positive. En cas de suppression des commentaires, il existe un conflit entre plusieurs droits fondamentaux (*Grundrechtskollision*), dont la protection de tiers (civile, pénale ou concrétisée dans la LRTV) ainsi que le droit de la SSR à l'indépendance et l'autonomie dans la conception des programmes (art. 93 al. 3 Cst., art. 6 LRTV), ce qu'a rappelé le TF dans l'ATF 149 I 2⁵⁶.

En cas de conflit de droits fondamentaux, il revient en priorité au législateur et, à défaut, au juge d'arbitrer entre eux en les conciliant et en les ménageant le plus possible afin

⁵⁵ Ci-dessus II.A.2.

⁵⁶ ATF 149 I 2 consid. 3.3.5 (« diesbezüglich hat [die SRG] jeweils die Interessen der SRG als im Programmbereich grundrechtsgeschützte Veranstalterin (Art. 93 Abs. 3 BV; Art. 6 RTVG) und jene der sich auf einen verfassungsrechtlichen Zugangsanspruch berufenden Person gegeneinander abzuwägen »).

d'assurer la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 al. 1 Cst.)⁵⁷. Lors de la suppression de commentaires, le juge doit ainsi arbitrer entre la liberté d'expression de l'internaute, la liberté des médias (dont l'autonomie du diffuseurs) et d'éventuels autres droits fondamentaux, en particulier les normes de protection de tiers (p.ex. protection de la personnalité en droit civil et pénal).

Par ailleurs, les règles de droit constitutionnel consacrant les droits fondamentaux étant généralement formulées de manière insuffisamment claire et précise pour atteindre la densité requise pour porter atteinte à un autre droit fondamental, c'est leur concrétisation dans des lois qui permettra de restreindre le droit fondamental en question⁵⁸. Ainsi, la liberté des médias est concrétisée dans la LRTV, notamment avec l'autonomie dans la conception des programmes (art. 6 LRTV). Cela permet à la SSR de plaider et au juge de tenir compte d'une certaine souplesse dans la modération des contenus, notamment dans le choix de la rédaction de supprimer tel ou tel commentaire plutôt qu'un autre et d'utiliser des outils automatiques ou manuels de filtrage.

3.4 Proportionnalité au sens de l'art. 36 al. 3 Cst.

La restriction au droit fondamental doit être aussi proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst). Ce principe de la proportionnalité se traduit en trois critères (sous-conditions cumulatives): l'aptitude et la nécessité (mesure apte et nécessaire à la réalisation du but ou à favoriser sa réalisation) et l'exigibilité raisonnable (mesure raisonnablement exigible de la part de son titulaire au regard de sa gravité)⁵⁹.

Le 3^{ème} critère d'exigibilité raisonnable consiste à mettre en balance les intérêts en conflit pour comparer leur importance respective au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, c'est-à-dire: (1) d'un côté, l'intérêt lésé par l'atteinte protégé par un droit fondamental; (2) de l'autre côté, l'intérêt visé par la mesure en cause, qu'il s'agisse d'un intérêt public (situation de restriction simple d'un droit) et/ou de l'intérêt d'un autre particulier aussi protégé en tant que droit fondamental (situation liée à un conflit de droits)⁶⁰. Cela suppose d'avoir une décision suffisamment motivée qui tienne compte de tous les éléments en présence. S'agissant de l'intérêt privé lésé, les éléments en présence incluent notamment le besoin de protection particulier de son titulaire, la

57 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 71 et 103, indiquant que le législateur sera(it) bien inspiré de laisser à cette autorité d'application la marge de manœuvre nécessaire pour ce faire, ou de procéder lui-même à une réglementation assez circonstanciée des différentes situations de fait visées.

58 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 103, nbp 293, citant un précédent à l'occasion duquel le TF a admis qu'une restriction fût fondée directement sur une autre garantie constitutionnelle: ATF 123 I 296 consid. 3, où le TF a fondé l'interdiction faite à une enseignante genevoise de porter un voile en classe sur l'art. 27 al. 3 aCst., qui consacrait en substance la laïcité de l'enseignement public obligatoire, au motif que la restriction à la liberté de conscience et de croyance frappait une agente de l'État engagée dans un rapport de droit spécial par rapport à l'État, ce qui justifiait l'assouplissement de l'exigence de densité normative.

59 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 116 ss.

60 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 122.

proximité de la position juridique touchée avec le noyau du droit en cause, la gravité de sa lésion (matérielle, personnelle, temporelle). S'agissant de l'intérêt public visé par l'atteinte et/ou du droit fondamental d'autrui, les éléments en présence incluent notamment la qualification de l'intérêt comme intérêt de police ou social, la gravité et la probabilité des conséquences en cas de passivité de l'autorité, et le coût supplémentaire de mesures également aptes⁶¹.

Sur cette base, le juge devra procéder à une pesée des intérêts, en particulier à un double contrôle de la proportionnalité. Chaque partie ne peut porter atteinte aux positions de l'autre en matière de droits fondamentaux que d'une manière proportionnée aux circonstances. Il existe un devoir réciproque de proportionnalité. Les deux positions juridiques doivent être rapprochées le plus possible en les ménageant et être amenées à une concordance pratique⁶².

3.5 Casuistique: tentative de catégorisation des cas de suppression de commentaires

Sur la base des principes énoncés précédemment (en particulier celui de proportionnalité sous D, la condition de base légale étant généralement remplie), on peut essayer de former des catégories de suppression admissible de commentaires (*taxonomie*), afin de résoudre les conflits entre la liberté d'expression d'une part et la liberté des médias et la protection des tiers d'autre part :

- (1) Il existe un intérêt privé de l'auteur du commentaire à pouvoir s'exprimer librement, non seulement sur l'article de la rédaction commenté, mais aussi de manière générale et critique sur le fonctionnement des médias⁶³. Ainsi, toutes les opinions et expressions doivent être protégées dans leur diversité sans restriction quant à leur contenu, même si elles sont perçues comme blessantes, choquantes ou dérangeantes. L'ironie, la satire ou même la provocation constituent ainsi dans certaines circonstances des figures rhétoriques reconnues dans les discussions⁶⁴. Ce n'est que si un commentaire contient un propos qui dépasse une certaine intensité et porte atteinte à l'intérêt public ou à autrui qu'il est possible de le restreindre.
- A ce propos, la suppression du commentaire semble une mesure plutôt légère. Elle ne touche pas le noyau de la liberté d'expression de l'auteur du commentaire et la gravité

61 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 122.

62 Müller; CR Cst.-Dubey, ad art. 36.

63 ATF 149 I 2 consid 4.3, en référence à l'ATF 139 I 406 consid. 4.3 (« Die Meinungsäusserungsfreiheit dient (auch) dazu, Kritik an staatlichen Behörden bzw. Dritten, welche entsprechende Aufgaben wahrnehmen, äussern zu können »).

64 CEDH, arrêt du 1.10.2013 – 20147/06, point 28 – Cholakov/Bulgarie.

de la lésion semble assez faible puisque la suppression est contextuelle (il ne s'agit pas d'une suspension complète du compte, mais uniquement du commentaire lié à un article de la rédaction).

- En revanche, s'il y a blocage du compte lui-même, la mesure est sensiblement plus grave, si bien qu'il faudrait exiger une base légale formelle (art. 36 al. 1 Cst.) – laquelle semble manquer vue le caractère trop vague des bases légales existantes et pourrait être comblée par l'AIEP⁶⁵ – ou au moins être plus stricte dans la pesée des intérêts et la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst).
- (2) Il existe un intérêt public de la SSR à assurer le respect des droits fondamentaux d'autrui et un intérêt privé de la SSR à son autonomie et à une gestion raisonnable des commentaires (*risk management*). Il peut aussi exister un intérêt privé de tiers en cas de commentaire qui porte atteinte à un ou des tiers.
- Ainsi, en cas de commentaires haineux ou portant atteinte à une ou des personnes en particulier, la suppression du commentaire répond à un intérêt privé des tiers à protéger et un intérêt public de police puisque la SSR doit s'assurer de protéger les droits fondamentaux de tiers dans un espace public virtuel, de même que les autorités de police doivent s'assurer de protéger les personnes sur l'espace public. La suppression répond aussi à un intérêt social de permettre à d'autres d'échanger sur les forums de façon sereine sans être agressés, importunés par d'autres auteurs de commentaires et, en cas de passivité de la SSR, le lésé risque de continuer à être importuné sans garantie d'avoir d'autres recours pour supprimer le commentaire.
- Il en va de même de commentaires contenant de fausses informations, puisque la SSR a un intérêt, un devoir même de respecter un devoir d'objectivité.
- Il en va de même en cas de commentaires susceptibles de violer les droits d'auteur de tiers (p. ex. images, vidéos, textes en violation de droit d'auteur) ou de commentaires suscitant des soupçons de fraudes ou de *phishing*⁶⁶. Leur suppression répond à un intérêt privé des tiers à protéger et un intérêt public de la SSR de protéger ces intérêts privés, voire son propre intérêt à ne pas être co-responsable de diffuser de tels contenus.
- En revanche, en cas de commentaires critiques sur les médias, leur suppression ne répondrait pas à un intérêt public et privé, étant rappelé l'auteur du commentaire à pouvoir s'exprimer librement, non seulement sur l'article de la rédaction commenté, mais aussi de manière générale et critique sur le fonctionnement des médias.

65 Ci-dessus II.B.4.

66 Ci-dessus II.B.4.

- Enfin, en cas de commentaires contenant des hyperliens renvoyant vers d'autres sites web ou du matériel téléchargeable (p.ex. fichier PDF), la question se pose de savoir s'il existe un intérêt (privé ou public) de supprimer le lien, voire le commentaire dans son entier. On rappellera que la légalité des hyperliens ne fait pas encore l'objet d'une réponse claire en droit suisse. Les tribunaux suisses n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer clairement sur la question⁶⁷, contrairement à la CJUE⁶⁸. Selon nous, il convient d'autoriser globalement les commentaires contenant des hyperliens au nom de la liberté d'expression (on rappellera au passage que le web lui-même, dont les moteurs de recherche, fonctionne sur la base d'hyperliens renvoyant vers des contenus hébergés ailleurs). Ce n'est qu'en cas de doute quant à la légalité de leur contenu – un tel doute pouvant exister du seul fait qu'un hyperlien apparaît non vérifiable parce qu'il est trop volumineux, trop nombreux et/ou susceptible d'entraîner des problèmes de cybersécurité à l'hébergeur du commentaire/hyperlien – que la SSR pourrait être autorisée à supprimer l'hyperlien. Dans ces hypothèses, on peut même se demander si la proportionnalité ne commande pas de ne supprimer que l'hyperlien, et non l'intégralité du commentaire. Une telle pratique inciterait les internautes à préciser leurs sources plutôt que de copier-coller des hyperliens tous azimuts. En fin de compte, le média a latitude pour décider quand un hyperlien doit être supprimé et l'étendue de la suppression (seulement l'hyperlien ou le commentaire entier).

4. Recommandations et conclusion

La jurisprudence commentée ici (ATF 149 I 2) a le mérite de clarifier le contrôle judiciaire des commentaires sur les forums en ligne⁶⁹. Elle ne concerne toutefois que les médias traditionnels et conduit à creuser encore davantage la différence de traitement entre les médias traditionnels et les médias privés, ce qui est problématique dans notre société d'information. Les médias traditionnels sont soumis à un contrôle judiciaire accru puisqu'ils peuvent faire l'objet de plaintes à l'AIEP (notamment pour les fausses informations violant le principe d'objectivité) et à une modération *a priori*. Les médias privés sont quant à eux limités aux règles générales de droit privé et pénal qui n'incluent pas l'obligation d'objectivité (p.ex. fausses informations) et conduit à une simple modération *a*

67 TF, 6 mai 2015, 5A_658/2014, consid. 4 « Carl Hirschmann », considérant qu'il n'y a pas de participation à une atteinte à la personnalité par le simple fait d'insérer un hyperlien général d'un média à un autre média ; TF, 7 février 2011, 6B_757/2010, consid. 4 « Internet-Piraterie », considérant qu'un site répertoriant des liens magnet (permettant simultanément le téléchargement et le chargement de fichiers protégés par le droit d'auteur) est un cas de complicité de violation de droit d'auteur. Pour une analyse de la légalité des hyperliens sous l'angle du droit d'auteur, Benhamou, Blocage de sites web, 3.

68 CJUE C-466/12 du 13 février 2014, « Svensson » ; CJUE C-348/13 du 21 octobre 2014, « BestWater », considérant que le fait de fournir des « liens cliquables vers des oeuvres librement disponibles sur un autre site Internet » n'est pas un acte de communication couvert par le droit d'auteur ; CJUE C-160/15 du 8 septembre 2016, « GS Media BV » ; CJUE, C-610/15 du 15 juin 2017, « The Pirate Bay », considérant que le fait de fournir des liens cliquables vers des oeuvres placées sans le consentement de l'auteur « en pleine connaissance du caractère illégal de cette publication » est un acte de communication. Cf. Benhamou, Blocage de sites web, 3.

69 Schürch, rappelant l'importance de clarifier ces questions en référence à une nouvelle action de la part du Credit Suisse à l'encontre du blog Inside Paradeplatz.

posteriori. Ce résultat conduit à ce que la SSR contrôle toutes les publications de tiers qui sont publiées sur leur site (modération *a priori*), tandis que les médias privés ne procèdent qu'à un contrôle *a posteriori* en cas de procédure de signalement et de retrait (*notice & takedown*; modération *a posteriori*). La publication sur les médias publics n'est ainsi pas instantanée, d'autant que le contrôle peut prendre plusieurs heures en journée, en dehors de la nuit et des weekends⁷⁰. Sur cette base, la SSR semble renoncer progressivement à cette fonction, en n'offrant plus aux internautes la possibilité de commenter les publications. Cela incite les internautes à continuer de se tourner vers les médias privés sur lesquels ils peuvent interagir. Cela renforce encore davantage la position dominante des médias privés et affaiblit celle des médias traditionnels.

À notre avis, cette situation n'est pas tenable à l'ère de la société d'information. Il convient de trouver des mesures, voire de changer de paradigmes. D'ailleurs, le CF continue de considérer qu'il n'existe pas de besoin de légiférer en matière de plateformes de communication mais reconnaît que « [I]es utilisateurs n'ont aucun droit ou n'ont que des droits insuffisants vis-à-vis des plateformes, ne peuvent pas ou insuffisamment se défendre contre des décisions de suppression de contenus, par exemple, et ne savent pas sur la base de quels critères ils peuvent voir quels contenus », sous-entendant que la protection civile ou pénale de la personnalité est insuffisante et souhaite « une large discussion sur la question l'implication sociale et de la gouvernance des intermédiaires est nécessaire en Suisse »⁷¹. Il reste donc à voir comment ce débat évoluera, tout en gardant à l'esprit qu'il est difficilement imaginable de s'écarter des tendances internationales lorsqu'il s'agit de légiférer dans un domaine tel qu'Internet.

Un aperçu des règles à l'étranger donne quelques pistes. Sur le plan international, l'UE et plusieurs États américains ont encadré les réseaux sociaux des grandes plateformes, notamment en exigeant la publication de rapports détaillés sur leurs pratiques en matière de modération de UGC⁷². Plus spécifiquement, dans l'UE, le règlement sur les services numériques (*Digital Services Act*, DSA) exige à l'égard des grandes plateformes (1) une procédure (interne) de règlement des litiges et (2) l'accès à un contrôle judiciaire auprès d'un organe indépendant. Dans beaucoup d'États, cet organe indépendant est le même que celui qui surveille les médias traditionnels, par exemple en France⁷³ et en Belgique⁷⁴.

70 Cf. Netiquette SSR: « Vos commentaires font l'objet d'une vérification éditoriale: dans des cas exceptionnels, cette vérification peut durer quelques heures. Si votre commentaire est refusé, une notification vous est envoyée par e-mail. Nous n'avons pas la possibilité d'échanger avec vous sur les commentaires publiés ou refusés. Aucun commentaire n'est publié pendant la nuit. » <https://publicvalue.srgssr.ch/fr/netiquette-2/>

71 CF, Communiqué réglementation des plateformes.

72 DSA; lois américaines p.ex. en Floride S. 7072, 2021 Leg., Reg. Sess. (Fl. 2021) et au Texas H.R. 20, 87th Leg., 2d Special Sess. (Tex. 2021), recensées par Goldman.

73 En France, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) est l'autorité de régulation des médias traditionnels et de surveillance des réseaux sociaux.

74 En Belgique, une instance par région linguistique est chargée à la fois de la surveillance des médias traditionnels et des réseaux sociaux.

Nous nous permettons donc de conclure avec quelques propositions de mesures. S'agissant des médias traditionnels, il est recommandé de clarifier les bonnes pratiques en matière de modération d'UGC (ce que l'OFCOM a fait récemment)⁷⁵. Il est aussi recommandé de clarifier les règles pour le contrôle judiciaire en cas de suppression ou de blocage de contenu suite à l'ATF 149 I 2 (ce que la présente contribution tente de faire). Seule cette clarification permettra aux médias traditionnels d'adapter leur pratique en matière de modération des contenus cas échéant de (ré-)ouvrir la fonctionnalité de commentaires avec l'assurance que leur pratique est conforme au droit. Par ailleurs, il faudrait renforcer les moyens de l'AIEP si les plaintes augmentent, ce qui devra être suivi scrupuleusement⁷⁶.

S'agissant des médias privés, il est recommandé de renforcer les exigences de transparence afin que les utilisateurs soient informés en détail du fonctionnement de la plateforme⁷⁷. On peut aussi songer à l'obligation de prévoir un système de plaintes en cas de suppression ou de blocage de contenus (éventuellement aussi en cas de déclassement, soit d'affichage moins fréquent ou moins proéminent), soit à l'obligation de mettre en place une procédure (interne) de règlement des litiges indépendante et rapide (ce qui peut se faire de façon automatisée en première instance, puis être soumis à l'organe interne qui devra publier sa décision) et l'accès à un contrôle judiciaire auprès d'un organe indépendant (sur le modèle de l'AIEP). L'organe indépendant pourrait être une instance judiciaire existante ou à créer. Comme autres mesures, on peut encore songer à créer une nouvelle instance chargée de la désinformation⁷⁸, à une participation plus active aux initiatives européennes, à des programmes d'éducation, de renforcement de soutien au journalisme d'information voire à la création d'un réseau social d'utilité publique (p. ex. infrastructure rassemblant les médias, journalistes) qui serait soumis aux principes journalistiques.

75 OFCOM, Netiquette SRF.

76 Schürch, indiquant que l'ATF 149 I 2 mentionne au passage que la compétence l'AIEP n'impliquera qu'une charge de travail limitée et doutant de cette affirmation vues la quantité de contenus publiés et la vivacité des échanges que certains articles suscitent.

77 Schürch et OFCOM, Intermédiaires et plateformes; cette exigence peut prendre la forme de publication annuelle de rapports détaillés sur leurs pratiques en matière de modération de UGC et des données statistiques à cet égard (dans le jargon anglais on parle de compelled editorial transparency).

78 Thouvenin et al., p. 18. Il pourrait s'agir d'un « préposé à la désinformation » (sur le modèle du PFPDT) chargé d'observer le phénomène de la désinformation en Suisse, de détecter les fausses informations et de surveiller le respect des règles d'autorégulation ou de co-régulation ou, alternativement, d'un simple bureau de surveillance et d'observation de la désinformation au sein d'une autorité fédérale (p. ex. OFCOM) ou encore d'un organe d'autorégulation (sur le modèle du Conseil de la presse) chargé d'émettre des directives et des bonnes pratiques afin que les contenus problématiques soient traités de la même manière sur toutes les plateformes.

Bibliographie

- Auer Andreas/Malinverni Giorgio /Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume II Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2013 (cité : Auer/Malinverni/Hottelier).
- Benhamou Yaniv, Blocage de sites web en droit suisse: des injonction civiles et administratives de blockage au séquestre pénal, in Droit d'auteur 4.0, Genève (Schulthess éditions romandes) 2018, p. 1 (cité : Benhamou, Blocage de sites web).
- Bergianti Carla/Riedo Raphael, Der Staat als Nutzer Sozialer Medien – Kritische Beleuchtung staatlicher Verhaltensregeln, in Meier Julia/Zurkinden Nadine/Staffler Lukas (eds.), Recht und Innovation, St Gall (Dike) 2020, p. 257 (cité : Bergianti/Riedo).
- Conseil fédéral, Le Conseil fédéral souhaite un large débat sur la réglementation des plateformes de communication, 17 novembre 2021 (cité : CF, Communiqué réglementation des plateformes).
- Conseil fédéral, Un cadre juridique pour les médias sociaux: Nouvel état des lieux, 10 mai 2017 (cité : CF, Rapport cadre juridique).
- Conseil fédéral, Rapport d'analyse de la définition et des prestations du service public de la SSR compte tenu de la position et de la fonction des médias électroniques privés, 17 juin 2016 (cité : CF, Rapport Service public).
- Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 29 mai 2013, FF 2013 4425 (cité : Message LRTV).
- Cottier Bertil, Liberté d'expression et nouvelles technologies de la communication: vers un retour de la justice privée ?, in La liberté d'expression et ses juges: Nouveaux enjeux, Nouvelles perspectives, Beyrouth 2018 (cité : Cottier, Liberté d'expression).
- Cottier Bertil, Etude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur internet, Etude du Conseil de l'Europe préparée par l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne 2015, 681 ss (cité : Cottier, Etude blockage).
- Dummermuth Martin, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG, Kommentar von BGE 149 I 2, AJP 2023 p. 1042 (cité : Dummermuth).
- Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (eds.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel (Helbing) 2015 (cité : BSK BV-Auteur).
- Francey Julien, La responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement et d'accès sur Internet, Zurich 2017 (cité : Francey).
- Goldman Eric, The Constitutionality of Mandating Editorial Transparency, Hastings Law Journal, Vol. 73/5 2022 p. 1203 (cité : Goldman).
- Martenet Vincent/Dubey Jacques (eds.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle (Helbing) 2021 (cité : CR Cst.-Auteur).
- Masmejan Denis, ad art. 4, in Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (eds.), Commentaire Stämpfli, Loi sur la radio-télévision (LRTV), Berne (Stämpfli) 2014 (cité : Masmejan).
- Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019 II 1 ss (cité : Musy).
- Müller Jörg Paul, Bedeutung komplexer (multipolarer) Grundrechtsverhältnisse, Jusletter, 18 novembre 2019 (cité : Müller).

- OFCOM, Netiquette SRF – Ergebnisse der Systemprüfung, 7 juin 2022 (cité: OFCOM, Netiquette SRF).
- OFCOM, Intermédiaires et plateformes de communication, 17 novembre 2021 (cité: OFCOM, Intermédiaires).
- Schoch Nik/Schüepf Michael, Provider-Haftung «de près ou de loin» ?, Jusletter, 13 mai 2013 (cité: Schoch/Schüepf).
- Schürch Simone, La suppression d'un commentaire Instagram par la SSR, LawInside, 7 janvier 2023 (cité: Schürch).
- Schweizer Rainer J./Krebs Alina, ad art. 36, in Ehrenzeller Bernhard et al., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1-72, 4e éd., St Gall (Dike) 2023, (cité: Schweizer/Krebs).
- Sidler Oliver, Erste Praxis der UBI zum Umgang mit Kommentaren im übrigen publizistischen Angebot der SRG, medialex 06/24, 4 juillet 2024 (cité: Sidler, Erste Praxis)
- Sidler Oliver, UBI muss Beschwerden zu Löschungen von Kommentaren durch die SRG behandeln, medialex 02/23, 12 mars 2023 (cité: Sidler, UBI muss behandeln).
- Thouvenin Florent/Volz Stéphanie/Eisenegger Mark/Vogler Daniel/Jaffé Mariela, Governance von Desinformation in digitalisierten Öffentlichkeiten, Jusletter, 5 février 2024 (cité: Thouvenin et al.).