

La responsabilité juridique des bibliothèques au quotidien

Vincent Robert / Juliette Ancelle

Table des matières

I.	Introduction	103
II.	Responsabilité pour les activités traditionnelles des bibliothèques	104
	A. Définition des activités traditionnelles des bibliothèques	104
	B. Quelques questions juridiques choisies	105
	1. Mise à disposition d'ouvrages et obligations de droit public	105
	2. Obligations liées au service de prêt	108
	3. Rapports juridiques entre auteurs et bibliothèques	110
III.	Responsabilité pour les nouveaux services offerts par les bibliothèques	111
	A. Mise à disposition d'outils de reprographie	111
	1. Considérations générales	111
	2. Responsabilité sous l'angle du droit civil	113
	3. Responsabilité sous l'angle du droit pénal	115
	B. Mise à disposition de connections à internet	117
IV.	Risques juridiques liés à l'activité des bibliothèques sur internet	118
	A. Responsabilité sous l'angle du droit civil	119
	B. Responsabilité sous l'angle du droit pénal	121
V.	Conclusion	124

I. Introduction

Si les bibliothèques nous sont familières depuis notre plus jeune âge, il est rare qu'on les considère comme des entités juridiques à part entière, bénéficiant d'un certain nombre de droits, mais assumant également un certain nombre d'obligations légales dans le cadre de leurs activités. Pourtant, qu'une bibliothèque soit organisée sous forme de fondation, d'association, ou qu'il s'agisse d'une entité de droit public, son administration et ses employés sont quotidiennement confrontés à un certain nombre de questions juridiques, auxquelles il n'est pas toujours aisé de répondre.

De prime abord, il apparaît que les questions pouvant se poser le plus fréquemment en lien avec l'exploitation d'une bibliothèque relèvent de la propriété intellectuelle et en particulier du droit d'auteur. A y regarder de plus près toutefois, l'on constate que l'exploitation d'une bibliothèque implique la création de rapports juridiques avec de nombreux intervenants (usagers, auteurs, employés, bailleur, etc.) et qu'elle se trouve soumise à différentes normes légales dont la violation peut engager la responsabilité de la bibliothèque ou de ses collaborateurs. Par souci de concision, nous avons limité l'objet de la présente publication à certaines questions juridiques, choisies pour leur rapport étroit avec les activités spécifiques des bibliothèques, et nous avons renoncé à évoquer certaines considérations générales liées au droit d'auteur et à la protection des données qui ont fait l'objet d'études approfondies par d'autres intervenants à cette journée.

Notre choix est de nous concentrer sur la responsabilité des bibliothèques et bibliothécaires pour leurs activités et pour les activités de leurs utilisateurs. Aussi, nous aborderons dans un premier temps les problématiques juridiques liées aux activités traditionnelles des bibliothèques (II.), avant d'examiner les risques juridiques engendrés par la mise à disposition d'outils de reprographie et d'accès à internet dans les bibliothèques (III.). Enfin, nous traiterons de la responsabilité encourue dans la promotion des activités des bibliothèques par le biais d'internet (IV.) avant de conclure par quelques recommandations (V.).

II. Responsabilité pour les activités traditionnelles des bibliothèques

A. Définition des activités traditionnelles des bibliothèques

A titre liminaire, il convient de délimiter ce que nous qualifierions d'activités «traditionnelles» exercées par la majorité des bibliothèques en Suisse.

La liste est assez vaste. Elle s'étend de la mise à disposition d'un environnement agréable dédié à l'étude et à la consultation d'ouvrages, à une offre docu-

mentaire très large et le plus souvent gratuite, en passant par un service de prêt, des visites guidées ou des séances d'information à l'attention des utilisateurs¹.

Il convient de tenir compte de la qualité d'institution de droit public de la majorité des bibliothèques suisses, qui leur impose un certain nombre de devoirs à l'égard de la collectivité. Ces devoirs ne sont pas toujours formalisés par écrit mais devront être pris en compte au quotidien.

Mis à part les obligations générales de droit public, le lien juridique le plus évident dans le quotidien d'un ou d'une bibliothécaire se rapporte à la relation existant entre la bibliothèque et ses utilisateurs. En effet, c'est à eux que sont destinés les différents services offerts par la bibliothèque (prêt, mise à disposition de documents ou de matériel de recherche, visites guidées, etc.), qui se traduisent sur le plan juridique par divers types de rapports contractuels et d'obligations.

Enfin, les bibliothèques entretiennent également des rapports juridiques avec les auteurs des ouvrages qu'elles mettent à disposition. Nous nous interrogerons plus spécifiquement sur l'existence d'un lien contractuel, d'un devoir moral ou juridique découlant des normes sur la protection du droit d'auteur ou d'autres normes légales.

B. Quelques questions juridiques choisies

1. Mise à disposition d'ouvrages et obligations de droit public

La vaste majorité des bibliothèques suisses sont des institutions de droit public, liées envers la communauté par des obligations de nature publique, à commencer par des obligations de rang constitutionnel, qui conditionnent leurs activités.

Dans leur activité de mise à disposition d'ouvrages, les bibliothèques sont avant tout tenues de respecter les libertés fondamentales des citoyens, et en particulier

¹ Notre étude se focalisant sur les problématiques juridiques liées aux services rendus à l'égard des utilisateurs quotidiens des bibliothèques, nous renonçons à évoquer plus avant la mission d'archivage, d'éducation, de maintien et de mise à disposition des connaissances des bibliothèques et leur rôle dans la lutte contre l'illettrisme à travers le monde reconnu par les instances internationales (voir notamment les recommandations pour les programmes de lutte contre l'illettrisme dans les bibliothèques).

leur liberté d'information². L'article 16 alinéa 3 de la Constitution fédérale (Cst. féd.) consacre en effet le droit de toute personne d'accéder à l'information, de la recevoir librement ou de se la procurer auprès des sources où ladite information est généralement accessible³.

Cette liberté fondamentale doit être mise en œuvre de manière concrète et toute bibliothèque publique est par conséquent tenue de permettre l'exercice de ce droit d'accès à l'information en s'assurant que ses utilisateurs puissent se procurer librement et sans entrave les informations désirées. Précisons toutefois que la garantie constitutionnelle de l'article 16 Cst. féd. n'impose aux institutions publiques que des obligations négatives, soit l'interdiction d'empêcher ou de restreindre l'accès aux informations, sans octroyer aux administrés un droit à bénéficier de prestations positives⁴. Ainsi, un particulier ne saurait déduire de son droit à l'information une obligation à charge de la bibliothèque qu'il fréquente de se procurer un certain ouvrage, afin de lui permettre d'accéder à une information donnée⁵.

L'exercice du droit à l'information va de pair avec la prohibition des discriminations, prévue à l'article 8 alinéa 2 Cst. féd. Cette disposition, interdit aux organes de l'Etat et plus généralement aux institutions publiques de traiter différemment deux individus ou deux groupes d'individus en se fondant sur des critères qui ne sont pas pertinents compte tenu du but poursuivi et en particulier sur la base de critères tels que la race, la religion, l'âge, la langue, la situation sociale ou les convictions religieuses⁶. Ainsi, une bibliothèque publique qui adopterait un règlement limitant l'accès à certains ouvrages aux membres d'une

² Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd.): RS 101, art. 16.

³ Le droit constitutionnel à l'information est d'ailleurs repris et mis en œuvre par de nombreuses législations cantonales, afin d'en permettre une application et une mise en œuvre plus complète. Voir notamment la Loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD), A 2 08.

⁴ ATA/152/2007 du 27 mars 2007.

⁵ Art. 16 al. 3 Cst. féd. «*Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.*» Il faut relever que les cantons peuvent dans leur législation aller plus loin que les garanties fondamentale consacrées dans la Constitution fédérale et octroyer à la communauté le droit à certaines prestations positives. Voir notamment les articles 24 ss LIPAD.

⁶ ETIENNE GRISEL, *Egalité, les garanties fondamentales de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Berne 2000, p. 68 ss, qui précise que «*l'interdiction des discriminations se définit comme une disposition constitutionnelle qui enjoint directement au législateur et aux organes d'exécution d'accorder le même traitement à des catégories bien déterminées de justiciables*».

communauté religieuse spécifique ou aux individus exerçant une certaine profession se trouverait en porte-à-faux avec les garanties fondamentales de l'article 8 Cst. féd., et un tel règlement pourrait être légitimement contesté par les usagers de la bibliothèque lésés par une telle discrimination injustifiée.

Comme tout droit fondamental, l'accès à l'information et l'interdiction des discriminations peuvent toutefois connaître des restrictions, lorsque de telles mesures répondent à un intérêt public prépondérant ou sont nécessaires à la protection d'un droit fondamental d'autrui. Conformément à l'art. 36 Cst. féd., les restrictions aux libertés fondamentales doivent de plus être fondées sur une base légale (une loi fédérale pour les restrictions graves) et respecter un rapport de proportionnalité entre l'atteinte aux droits des administrés et le but poursuivi par l'Etat. Enfin, si ces conditions sont remplies, les mesures ne doivent pas avoir pour effet de violer l'essence même du droit fondamental⁷.

L'Etat devant veiller à respecter différents droits fondamentaux des administrés qui parfois peuvent se trouver en conflit, les bibliothèques publiques sont donc non seulement autorisées, mais même tenues d'imposer des limites à l'exercice de certaines libertés lorsque cela est nécessaire pour assurer la protection d'autres intérêts publics. Ainsi, une bibliothèque pourra et devra même refuser de se procurer et de rendre disponible un ouvrage au contenu illicite⁸. Il en va de même si la mesure vise la protection des mineurs et du développement de l'enfant, qui est également un intérêt public consacré par la Constitution fédérale⁹. Les bibliothèques veilleront par conséquent à prévoir des restrictions d'accès à certains ouvrages, notamment les ouvrages à caractère pornographique ou violents, sur la base de l'âge des utilisateurs.

⁷ Art. 36 Cst. féd. Restriction des droits fondamentaux: «(1) Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.(2) Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. (3) Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.(4) L'essence des droits fondamentaux est inviolable.» Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 6B_599/2010 du 26 août 2010 relatif aux conditions d'application de l'art. 36 Cst. féd.

⁸ Nous pouvons penser notamment à des ouvrages dont le contenu constituerait une incitation à la haine raciale au sens de l'article 261^{bis} du Code pénal Suisse (CP): RS 311.0.

⁹ La protection des mineurs et de leur développement est notamment consacrée à l'article 11 alinéa 1 Cst. féd. qui se lit comme suit «*Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.*»

Notons que la protection constitutionnelle des mineurs est à l'origine d'une norme pénale, l'article 197 ch. 1 CP, applicable aux collaborateurs des bibliothèques tant publiques que privées¹⁰. Cette disposition impose aux bibliothécaires de prendre des mesures organisationnelles adéquates afin d'empêcher que des mineurs âgés de moins de 16 ans puissent accéder à des ouvrages pornographiques, sous peine de sanctions allant d'une peine pécuniaire à une peine privative de liberté de trois ans au plus. Ces mesures se concrétiseront généralement par la création d'une zone séparée, dont l'accès sera réservé aux seuls adultes¹¹.

2. Obligations liées au service de prêt

La plupart des règlements adoptés par les bibliothèques traitent de la possibilité pour les utilisateurs d'emprunter des ouvrages de la bibliothèque, qu'il s'agisse de livres, de revues, ou d'autres types d'ouvrages. Certaines bibliothèques ont d'ailleurs adopté un règlement spécifique, régissant uniquement l'emprunt d'ouvrages par les usagers¹².

Un tel règlement désignera en général les personnes autorisées à emprunter des ouvrages, à quelles conditions, et pour quelle durée¹³. Le règlement adopté pourra également traiter de la question de la responsabilité de l'utilisateur en cas de perte, destruction ou vol de l'ouvrage emprunté: dans la plupart des cas,

¹⁰ L'art. 197 ch.1 CP rend punissable le fait d'avoir rendu accessible à des mineurs de moins de 16 ans des ouvrages à caractère pornographique; JOSÉ HURTADO POZO, *Droit pénal – Partie spéciale*, Schulthess 2009, p. 940.

¹¹ Les mesures prises ne sauraient éliminer totalement le risque que des mineurs accèdent à des ouvrages pornographiques, ce qui pourrait se produire par exemple si un utilisateur sortait volontairement un ouvrage à contenu pornographique de la zone réservée aux adultes pour le placer volontairement dans la zone dédiée aux enfants. Dans un tel cas, se pose alors la question de la responsabilité de la bibliothèque et de ses employés pour les actes commis par ses usagers, question que nous aborderons plus généralement sous III.A.

¹² A titre d'exemple, nous pouvons nous référer au «Règlement de prêt pour les bibliothèques universitaires et scientifiques genevoises» du 16 janvier 2006 (ci-après le «Règlement genevois»). Bien que sommaire, ce Règlement genevois fixe les droits et devoirs des usagers des bibliothèques du réseau genevois, ainsi que les conséquences d'une violation de ces devoirs.

¹³ Le Règlement genevois prévoit notamment que le prêt est gratuit mais sujet à la détention d'une carte de lecteur, et est octroyé en principe pour une durée de 28 jours, prolongeable à deux reprises.

celui-ci devra assumer la responsabilité financière du rachat de l'ouvrage disparu.

Toutefois, en l'absence d'un tel règlement, le rapport juridique créé entre la bibliothèque prêteuse et son usager sera règlementé par les normes légales existantes applicables au prêt d'objet mobilier. En Suisse, le prêt à usage, soit la cession à l'emprunteur de l'usage d'une chose déterminée qui devra par la suite être restituée au prêteur, est règlementé par les articles 305 ss. du Code des obligations¹⁴ (CO).

Ces dispositions peuvent également trouver application en complément de règlements de bibliothèque, ces derniers étant rarement exhaustifs et n'abordant que rarement les questions de garanties ou de responsabilité des parties, en particulier des bibliothèques, pour tout dommage pouvant résulter de l'usage de l'ouvrage prêté.

Bien que relativement lapidaires, les dispositions du CO en matière de prêt à usage ainsi que la jurisprudence rendue à leur sujet permettent d'apporter des réponses à certaines questions. Ainsi, il résulte par exemple de la nature gratuite du prêt à usage que le prêteur n'assume aucune obligation de garantie envers l'emprunteur, et en particulier aucune garantie de conformité du bien prêté quant à l'usage auquel il est destiné¹⁵.

Ainsi, une bibliothèque ne saurait en principe voir sa responsabilité engagée pour un dommage subi par l'un de ses usagers en raison de son utilisation d'un ouvrage emprunté. Toutefois le prêteur reste tenu de signaler les défauts ou vices qu'il est seul à pouvoir connaître et qui sont de nature à porter préjudice à l'emprunteur¹⁶. Une telle responsabilité implique cependant que le prêteur ait d'une part connaissance d'un défaut (par exemple une affirmation erronée dans un ouvrage) que l'emprunteur ne peut connaître, et sache d'autre part que ledit défaut pourrait porter préjudice à l'usage que l'emprunteur souhaite faire de l'ouvrage (l'affirmation erronée étant par exemple utilisée par l'emprunteur pour fabriquer un objet). Au vu de ces conditions restrictives, le risque qu'une

¹⁴ Code des obligations, LF complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911: RS 220.

¹⁵ PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} édition, Berne 2000, p. 260.

¹⁶ PIERRE ENGEL, *op. cit.*, p. 261; HERMANN BECKER, *Obligationenrecht, II. Abteilung*, Berner Kommentar, ad Art. 305 N 8.

bibliothèque voie sa responsabilité engagée pour défaut de l'ouvrage prêté est dès lors extrêmement réduit¹⁷.

3. Rapports juridiques entre auteurs et bibliothèques

Dans leurs activités quotidiennes, les bibliothèques entretiennent des relations avec les auteurs d'ouvrages mis à disposition. Ainsi, dans le cadre de la rédaction de catalogues, elles pourront être confrontées au choix de révéler ou non l'identité d'un auteur écrivant pourtant sous couvert d'un pseudonyme.

Dans de telles circonstances, un bibliothécaire se devra de tenir compte de certaines considérations tirées du droit d'auteur mais également des règles existantes en matière de protection de la personnalité.

L'article 9 de la Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA)¹⁸ consacre en particulier le droit de paternité d'un auteur, garantissant en particulier le droit exclusif d'un auteur de choisir le nom sous lequel il souhaite apparaître, qu'il s'agisse d'un pseudonyme, d'initiales ou de sa véritable identité¹⁹. Ce droit, opposable à tous et appartenant exclusivement à l'auteur de l'œuvre²⁰, signifie qu'une bibliothèque ne saurait révéler l'identité d'un auteur écrivant sous couvert d'un pseudonyme tant que cette dernière n'aura pas été révélée par l'auteur lui-même ou par des tiers ayant obtenu son consentement.

La rédaction de catalogues par les bibliothèques soulève d'autres questions relatives à l'identité des auteurs et notamment en cas d'homonymie: dans quelle mesure une bibliothèque est-elle tenue de mettre en lumière la distinction entre deux auteurs homonymes? Une telle question devra se résoudre à la lumière des articles 28 ss du Code civil suisse (CC) relatifs à la protection de la personnalité, et consacrant notamment le droit au nom de chaque individu²¹.

Ces dispositions permettent à toute personne subissant une atteinte illicite à sa personnalité d'agir en justice contre tous ceux qui participent à ladite atteinte.

¹⁷ Nous n'avons à ce jour pas connaissance de cas existant en Suisse où la responsabilité d'une bibliothèque aurait été retenue dans le cadre du prêt d'ouvrages à ses usagers.

¹⁸ Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA): RS 231.1.

¹⁹ DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Berne 2008, ad. Article 9 N 10.

²⁰ Voir ATF 117 II 465 sur l'opposabilité du droit moral d'un auteur.

²¹ Voir notamment l'article 29 CC.

Un auteur pourra-t-il dès lors se prévaloir de ces dispositions aux fins d'empêcher un risque de confusion entre son œuvre et celle d'un tiers, voire l'apparence d'une usurpation découlant de l'homonymie avec un autre auteur?

En droit suisse, une usurpation de nom est réalisée lorsqu'une personne utilise sans droit le nom d'une autre personne pour se désigner elle-même ou pour désigner une chose²². En cas d'homonymie, chaque partie aura un droit légitime à l'utilisation de son nom, une usurpation ne pouvant dès lors être retenue. Une atteinte à la personnalité pourrait en revanche être retenue sur la base d'un risque de confusion, un auteur pouvant par exemple refuser d'être assimilé à un autre auteur. Dans de tels cas, la jurisprudence du Tribunal fédéral impose de peser les intérêts en présence afin de parvenir à la solution la plus équitable possible, selon les circonstances propres au cas d'espèce²³.

III. Responsabilité pour les nouveaux services offerts par les bibliothèques

Suivant le progrès technologique, les bibliothèques ont élargi leur gamme de services notamment en mettant des photocopieurs, puis des scanners et un accès à internet à disposition de leurs utilisateurs. L'offre de tels services peut, à certaines conditions que nous décrirons dans la présente section, engager la responsabilité civile des bibliothèques, et même exposer leurs collaborateurs à des sanctions pénales.

A. Mise à disposition d'outils de reprographie

1. Considérations générales

Sur le plan juridique, la copie ou la numérisation d'une œuvre correspondent à la création d'un exemplaire, soit à l'exercice d'une prérogative réservée à l'auteur ou à ses ayants droits en vertu de la LDA²⁴.

²² ATF 108 II 241, JdT 1984 I 66, ATF 112 II 369, JdT 1987 I 237.

²³ Voir ATF 128 III 353, JdT 2002 I 517.

²⁴ Art. 10 lit. a LDA.

L'intérêt du public à disposer de moyens de reprographier les ouvrages mis à disposition par les bibliothèques a été reconnu par le législateur, qui a explicitement mentionné cette éventualité parmi les différentes modalités de l'«usage privé» des œuvres, autorisé par la LDA²⁵. Toutefois, cette forme étendue d'usage privé n'est pas gratuite. En effet, et contrairement à l'utilisateur qui copie ou qui numérise une œuvre à des fins personnelles ou «dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis», la bibliothèque qui met un appareil de reprographie à disposition ses utilisateurs est soumise à l'obligation de rémunérer l'auteur²⁶. Pour des raisons pratiques, cette rémunération ne sera pas acquittée directement auprès de l'auteur, ni pour chaque exemplaire créé par les utilisateurs de la bibliothèque, mais prendra la forme d'une redevance forfaitaire à payer auprès de l'organisme de gestion des droits d'auteurs²⁷.

La LDA délimite précisément ce qui constitue l'usage privé d'une œuvre. Elle indique notamment que la copie d'une œuvre à des fins pédagogiques entre dans la notion d'usage privé pour autant qu'elle demeure limitée à des extraits d'une œuvre et qu'elle ne s'étende pas à la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché²⁸. Le respect de ces limites est d'une grande importance. En effet, si un usager de la bibliothèque outrepassa son droit à l'usage privé – par exemple en utilisant le photocopieur pour réaliser un grand nombre d'exemplaires d'une œuvre en vue de les diffuser au-delà du «cercle de personnes étroitement liées» – il encourt les sanctions civiles et pénales applicables en cas de violation du droit d'auteur²⁹.

Il convient d'examiner si, en tolérant la violation du droit d'auteur dans leurs locaux ou déjà en mettant à disposition les moyens techniques utilisés pour commettre un tel acte illicite, les bibliothèques ne risquent pas d'exposer leur propre responsabilité³⁰. Cette problématique doit s'envisager tant sur le plan

²⁵ Art. 19 al. 1 lit. c LDA.

²⁶ Art. 20 al. 1 LDA.

²⁷ Voir les tarifs communs TC 8 et 9 établis par la société de gestion ProLitteris en matière de reproduction et de numérisation d'œuvres protégées.

²⁸ Art. 19 al. 3 LDA; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, op. cit., ad article 19 N 23.

²⁹ Ces sanctions sont énoncées aux articles 61ss. et 67ss. LDA.

³⁰ La responsabilité «secondaire» découlant de la mise à disposition de moyens techniques permettant à des tiers de commettre des violations du droit d'auteur est une question qui a été examinée dans plusieurs contextes technologiques (vente de magnétoscopes, plateformes P2P, etc.); à ce sujet, nous renvoyons à l'Étude du prof Jacques de Werra, L'évolution du droit d'auteur à l'épreuve d'internet, In Internet 2003, CEDI-

civil que sur le plan pénal, étant précisé que, si le jugement pénal ne lie pas le juge civil³¹, un acte de complicité réprimé par le droit pénal constituera également un acte illicite au regard du droit civil, si cette norme pénale tend à protéger le sujet du droit en plus de l'ordre étatique³². Notons toutefois que, si le droit civil définit la responsabilité de la bibliothèque en tant qu'institution, le droit pénal sanctionne les personnes physiques responsables de l'acte ou de l'omission constitutif d'une infraction pénale³³.

La responsabilité des bibliothèques organisées en vertu du droit public – et le cas échéant le devoir de l'Etat d'indemniser le lésé – sera soumise aux principes de droit administratif régissant la responsabilité des organes de l'Etat. Les différentes lois cantonales renvoient toutefois aux principes du droit privé et du droit pénal pour ce qui a trait à la définition de l'acte ou de l'omission illicite pouvant engager la responsabilité de la collectivité³⁴.

2. Responsabilité sous l'angle du droit civil

En droit civil, le cas de la participation accessoire sera envisagé selon les règles générales du CO, qui prévoient la responsabilité solidaire de toutes les personnes qui ont causé ensemble un dommage, sans distinction entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice³⁵. Ces notions ont une portée propre en droit civil qui ne se recouvre pas avec leur acception en droit pénal.

DAC, p. 1–32, qui relève que dans le cas de la plateforme d'échange Napster la responsabilité secondaire de l'exploitant du site (vicarious liability/contributory liability) avait été reconnue en raison de l'intérêt financier à la violation du droit d'auteur par les internautes accédant à la plateforme et la possibilité technique de surveiller cette activité et d'y mettre fin.

³¹ Article 53 CO.

³² ATF 101 Ib 252, c. 2d, cf. IVAN CHERPILLOD, *Violation des droits de propriété intellectuelle, Internet 2003*, CEDIDAC, p. 218.

³³ Si la responsabilité pénale d'une bibliothèque privée, en tant qu'entreprise exerçant une activité commerciale, est théoriquement possible en vertu des principes énoncés à l'art. 102 CP, nous partons du principe que les conditions d'application de cette disposition (défaut d'organisation rendant impossible l'identification du responsable) ne seront satisfaites que dans des cas tout à fait exceptionnels.

³⁴ Voir par exemple la Loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 ou la Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961.

³⁵ Art. 50 CO; IVAN CHERPILLOD. *op. cit.*, p. 231.

La solidarité des différents responsables vise à favoriser les chances du lésé d'obtenir une réparation intégrale du dommage subi, en l'autorisant à poursuivre chacun des responsables pour le tout, sans égard à l'importance de leur participation ou à la gravité de leur faute respective. L'existence d'une faute commune et partant la responsabilité solidaire implique une coopération entre les différents participants et n'est reconnue qu'à des conditions bien précises. Ainsi, s'il n'est pas indispensable qu'il y ait eu une concertation préalable et que le seul fait de tolérer l'activité illicite fautive d'un autre participant peut déjà constituer une faute, il faut néanmoins que chaque participant ait eu conscience du danger créé en commun et de la contribution de l'autre à l'acte dommageable (ou qu'il ait pu en avoir conscience en usant de l'attention commandée par les circonstances)³⁶. Chacun des participants doit également avoir été conscient que son action ou son omission était susceptible de causer un dommage ou d'y contribuer.

De même, les règles sur la responsabilité solidaire n'atténuent pas les exigences liées à la causalité naturelle et adéquate³⁷. Pour qu'un participant à un acte illicite soit tenu responsable, sa contribution active ou passive devra donc apparaître comme étant un élément nécessaire à la survenance du dommage et qu'elle soit, pour reprendre la formule consacrée par la jurisprudence fédérale, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience de la vie, de nature à produire ou à favoriser la survenance d'un tel dommage.

En application de ces principes, la responsabilité solidaire de la bibliothèque sous l'angle du droit civil ne paraît pouvoir être engagée que dans les cas où ses collaborateurs ont connaissance de l'usage illicite fait par un utilisateur des scanners ou des photocopieurs. Contrairement à ce qui prévaut en droit pénal, la négligence suffit à engager la responsabilité civile de la bibliothèque. Ainsi, même si les bibliothécaires ignoraient qu'un utilisateur violait le droit d'un auteur au moyen des outils de reprographie mis à sa disposition, mais qu'ils auraient pu s'en rendre compte en faisant preuve de la diligence commandée par les circonstances, la responsabilité de la bibliothèque pourrait se voir engagée.

³⁶ ATF 104 II 225, JT 1979 I 546, PIERRE ENGEL, *Traité des Obligations en droit Suisse*, Berne 1997, p. 563; en cas de fautes distinctes, la solidarité ne s'appliquera pas mais le lésé bénéficiera d'un concours d'actions contre les différents responsables (art. 51 CO).

³⁷ PIERRE ENGEL, *op. cit.*, p. 562.

Notons encore que l'exigence d'une faute ne vaut que dans le cadre de l'action en dommages intérêts, mais non pour les actions protectrices de la LDA et en particulier l'action en cessation du trouble³⁸. Ainsi, l'auteur ou ses ayants droit pourront agir sur cette base contre tout participant à la violation du droit d'auteur sans avoir à établir de manquement à un devoir de diligence.

3. Responsabilité sous l'angle du droit pénal

En droit pénal, la question revient à déterminer si la participation de la bibliothèque est suffisante pour que ses collaborateurs soient qualifiés de complices³⁹, ou même de coauteurs⁴⁰, de la violation du droit d'auteur commise par un utilisateur.

Au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral – et pour autant que l'assistance prêtée à l'auteur se limite à la mise à disposition d'un appareil permettant la copie d'un œuvre – seule la complicité paraît devoir être envisagée⁴¹.

La complicité est en effet réalisée dès lors qu'un participant prête assistance à l'auteur principal pour commettre un crime ou un délit. La contribution du complice est ainsi secondaire et subordonnée à celle de l'auteur principal: le complice facilite et encourage l'infraction par une contribution sans laquelle les événements auraient pris une tournure différente, mais son assistance ne constitue pas nécessairement une condition *sine qua non* à la réalisation de l'infraction⁴². Contrairement au coauteur, le complice ne veut pas l'infraction pour sienne et il n'est pas prêt à en assumer la responsabilité.

Il faut souligner que la complicité requiert une intention, soit une conscience et une volonté⁴³, d'assister l'auteur dans la commission d'une infraction pénale.

³⁸ Art. 62 LDA.

³⁹ Art. 25 CP.

⁴⁰ Art. 24 CP.

⁴¹ En effet, pour être reconnu comme coauteur, le bibliothécaire devrait collaborer, intentionnellement et de manière déterminante, à la décision de commettre une infraction, à son organisation ou à son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux, seul celui apportant une contribution essentielle à un projet illicite commun et disposant d'une certaine maîtrise des opérations pouvant être qualifié de coauteur. Or, une telle implication ne saurait être réalisée par la seule mise à disposition d'un appareil de reprographie.

⁴² ATF 119 IV 289 consid. 2c p. 292.

⁴³ Voir l'article 12 al. 2 CP.

A cet égard, il est admis que celui qui met une prestation à la disposition d'autrui (gratuite ou non) ne saurait avoir l'intention d'assister l'auteur principal sans une connaissance spécifique de l'utilisation illicite que celui-ci fera de la prestation. En effet, la connaissance d'une simple possibilité d'usage illicite est insuffisante pour reconnaître une intention de prêter assistance à l'auteur⁴⁴.

La mise à disposition de scanners et de photocopieurs est une prestation «neutre», en ce sens qu'elle peut être utilisée tant à des fins licites qu'illicites. Aussi, la complicité de celui qui offre une telle prestation suppose qu'il ait non seulement conscience de la possibilité que l'auteur principal l'utilise à des fins illicites, mais encore qu'il sache que, dans un cas déterminé, l'auteur principal en fera une utilisation illicite et qu'il décide néanmoins de l'offrir.

En pratique, les intentions des utilisateurs sont généralement difficiles à cerner et la vaste majorité d'entre eux respecte les limites de l'usage privé prévues par la LDA. La loi ne saurait imposer aux bibliothécaires qu'ils présument l'usage illicite de leurs appareils de chacun des utilisateurs et leur complicité ne devrait en principe être admise que lorsqu'un utilisateur est pris sur le fait et qu'aucune mesure n'est prise par les responsables de la bibliothèque pour empêcher une violation du droit d'auteur.

Comme le souligne Cherpillod, il arrive toutefois qu'une prestation soit neutre, mais que des raisons concrètes imposent de fortement suspecter un usage illicite par un utilisateur. En ces cas, les bibliothécaires ne sauraient se retrancher derrière les principes exposés ci-dessus pour se désintéresser totalement du comportement de l'utilisateur, sans courir le risque d'engager sa responsabilité par «dol éventuel»⁴⁵. Il appartiendra donc au bibliothécaire suspectant la violation du droit d'auteur par un utilisateur des appareils de reprographie de mettre ce dernier en garde contre tout usage illicite et de s'abstenir de toute action pouvant favoriser un tel usage.

⁴⁴ Cette distinction ressort très clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Voir notamment ATF 114 IV 112, JdT 1989 IV 66.

⁴⁵ Au sens de la jurisprudence fédérale, «*agit par dol éventuel, celui qui envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, manifestant par là qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait, même s'il ne le souhaite pas*» (ATF 135 IV 152 consid. 2.3.2 p. 156; 130 IV 58 consid. 8.2 p. 61 et les arrêts cités).

B. Mise à disposition de connections à internet

De nombreuses bibliothèques mettent à disposition de leurs utilisateurs des postes informatiques ou un accès à internet. Or, un tel service est également susceptible d'exposer leur responsabilité à plusieurs titres.

Conformément aux principes déjà exposés pour la consultation d'ouvrages, une bibliothèque se rendrait coupable de l'infraction de pornographie⁴⁶ en permettant à ses utilisateurs mineurs d'accéder à des contenus pornographiques par les postes informatiques ou l'accès internet qu'elle met à leur disposition. Si la simple négligence serait suffisante pour fonder un cas de responsabilité, ce risque peut toutefois être facilement écarté par la mise en place de mesures techniques appropriées, telles que les filtres parentaux, empêchant tout accès à de tels contenus.

Comme dans le cas des outils de reprographie, les bibliothèques ou leurs collaborateurs pourraient être reconnus comme complices d'actes illicites ou d'infractions pénales commis par le biais de la connexion internet qu'elles mettent à disposition. Les principes précédemment exposés seront également applicables dans ce contexte et la responsabilité de la bibliothèque ou de ses collaborateurs ne sera pas exposée sans une conscience de l'activité illicite dans un cas déterminé pour ce qui est du droit pénal, respectivement sans manquement à l'obligation de diligence au regard du droit civil. Un tel manquement sera apprécié au regard des circonstances concrètes et notamment des moyens à disposition de la bibliothèque pour prévenir la perpétration d'un acte illicite.

Enfin, se pose la question des obligations des bibliothèques en relation avec la surveillance des télécommunications. En effet, comme les lignes téléphoniques, les accès à internet peuvent faire l'objet d'une surveillance lorsque les autorités de justice pénale ordonnent une telle mesure dans le cadre de leurs enquêtes.

La réglementation suisse actuellement en vigueur⁴⁷ ne prévoit pas d'obligation – à charge des institutions telles que les bibliothèques mettant un accès internet à disposition de leurs visiteurs – de procéder à des surveillances ou de conser-

⁴⁶ Art. 197 ch. 1 CP.

⁴⁷ Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 6 octobre 2000 (LSCPT), RS 780.1 et son ordonnance du 31 octobre 2001 (OSCPT), RS 708.11.

ver les données de connexion. Toutefois, cette réglementation est actuellement en cours de révision, et les travaux préparatoires laissent clairement présager une extension de la surveillance, notamment quant aux différents acteurs requis de procéder ou de collaborer aux mesures de surveillance⁴⁸.

Selon les travaux préparatoires de nouvelle Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), il est probable que l'obligation de mettre en œuvre la surveillance sera reportée sur les fournisseurs d'accès à internet. Ceux-ci devront donc s'assurer que les utilisateurs des accès mis à disposition par des internet cafés, des hôtels ou des bibliothèques sont équipés de mécanismes permettant l'identification des utilisateurs⁴⁹, et devront refuser de servir les établissements qui ne collaboreraient pas suffisamment à l'identification de leurs utilisateurs.

Notons que dans d'autres pays les bibliothèques sont déjà soumises à des obligations strictes en matière de surveillance⁵⁰ et que, compte tenu du développement de la surveillance des communications par internet au niveau mondial, on ne saurait exclure que des obligations similaires soient imposées aux bibliothèques suisses dans les années à venir.

IV. Risques juridiques liés à l'activité des bibliothèques sur internet

Si le développement d'internet a d'abord été perçu comme une concurrence pour les bibliothèques, celles-ci ont progressivement su en tirer parti pour diversifier et promouvoir leurs activités. Certaines bibliothèques, principalement

⁴⁸ L'avant-projet du 30 avril 2010 et son rapport explicatif sont disponibles à l'adresse suivante http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformatioren/2010/ref_2010-05-19.html, le projet du Département Fédéral de Justice et Police annoncé le 8 juin 2011 et visant à réviser l'OSCPT avant la fin de la révision de la LSCPT est quant à lui disponible ici http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen-/sicherheit/ueberwachung_des_post/faq_vuepf.faq_1.html.

⁴⁹ Avant-projet LSCPT, art. 22, Rapport explicatif, p. 17, 33.

⁵⁰ Ces mesures vont de la conservation et de la remise des logs de connexions, comme c'est le cas en France, à l'identification systématique des utilisateurs et à la conservation de l'historique de navigation de chaque utilisateur (même en dehors de toute enquête pénale) comme l'impose le Patriot Act aux Etats-Unis.

aux Etats-Unis, ont même ouvert leur site à la publication de contributions provenant de leurs utilisateurs et en ont fait une plateforme interactive.

Les bienfaits d'une présence sur internet en termes de visibilité et de possibilité d'échange avec le public sont indéniables. Toutefois l'activité en ligne s'accompagne aussi de risques juridiques que les bibliothèques doivent apprendre à identifier et à gérer pour ne pas exposer leur responsabilité.

Le risque provient essentiellement du fait que la mise en ligne de contenus (textes, images vidéos, sons, etc.) par les bibliothèques, ou par leurs utilisateurs pour celles s'étant converties au «web 2.0», peut constituer un acte illicite au regard du droit civil ou même être pénalement répréhensible. Il en va d'ailleurs de même des contenus que les bibliothèques pourraient publier sur d'autres sites notamment ceux de réseaux sociaux.

A. Responsabilité sous l'angle du droit civil

Les contenus publiés par une bibliothèque sur son site internet, en particulier ceux se rapportant à des œuvres ou des auteurs, sont susceptibles d'enfreindre certaines prescriptions légales, notamment celles liées à la protection de la personnalité ou de la propriété intellectuelle.

Dans le contexte numérique, les dispositions du CC relatives à la protection de la personnalité⁵¹ peuvent être invoquées par toute personne physique ou morale estimant subir une atteinte à sa personnalité (à sa réputation s'agissant d'une entreprise), en raison de la publication de contenus qui lui sont offensants. La personnalité au sens juridique comprend l'ensemble des valeurs essentielles de la personne, qui est protégée dans son existence physique, sociale et affective⁵². Toute atteinte à la personnalité sera considérée illicite, à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, une base légale ou l'existence d'un intérêt public ou privé «prépondérant»⁵³.

Un intérêt public ou privé ne sera jamais reconnu comme prépondérant dans l'absolu et ce n'est qu'à l'issue d'une pesée d'intérêts entre, d'une part, l'intérêt poursuivi par l'auteur de la publication (notamment l'information du pu-

⁵¹ Art. 28 ss CC.

⁵² ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^{ème} éd, Bâle 2009, p. 95.

⁵³ Art. 28 al. 2 CC.

blic⁵⁴) et d'autre part, l'intérêt du lésé à la protection de sa personnalité, que la licéité ou l'illicéité d'une publication sera déterminée. A cet égard, si l'intérêt de l'auteur d'une publication apparaît comme purement lucratif, il ne pourra pas être reconnu comme prévalant sur celui du lésé.

La victime d'une atteinte à sa personnalité pourra se tourner vers les tribunaux pour obtenir différentes mesures allant de la cessation de l'atteinte – ce qui, en matière de publication sur internet, passera généralement par une injonction du tribunal à l'éditeur du site de retirer le contenu attentatoire à la personnalité – à la reconnaissance de son caractère illicite⁵⁵. Il peut également agir judiciairement en vue d'obtenir une indemnisation pour le dommage découlant de l'atteinte⁵⁶ ou les souffrances causées⁵⁷.

Enfin, et même si ce cas de figure est rare dans le contexte numérique, la victime d'une atteinte à la personnalité pourra également invoquer les dispositions relatives au droit de réponse pour obtenir la rectification d'une présentation de faits la concernant⁵⁸.

En matière de propriété intellectuelle, une bibliothèque verra sa responsabilité exposée si elle reproduit sans droit sur son site tout ou partie d'une œuvre protégée par la LDA ou si elle fait usage sans autorisation d'une marque protégée, le lésé pouvant alors agir en justice en vue de mettre un terme à l'atteinte et d'en faire reconnaître le caractère illicite, ainsi que pour obtenir l'indemnisation du dommage subi.

⁵⁴ Notons toutefois que la liberté constitutionnelle des médias, pour autant qu'elle soit invocable dans le contexte d'une contribution à un site participatif est destinée à protéger ceux-ci contre des ingérences de l'Etat, mais n'est pas directement invocable dans les rapports entre particuliers et doit au surplus s'interpréter dans les limites de la protection des droits fondamentaux d'autrui et de la mission d'information des médias, voir ATF 126 III 212; ANDREAS BUCHER, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁵ Par ce biais, le lésé peut solliciter l'octroi de mesures provisionnelles, voire «superprovisionnelles» urgentes au sens de l'art. 265 du Code fédéral de procédure civile, qui si elles lui sont accordées, lui permettent de requérir une injonction du juge ordonnant le retrait provisoire du contenu visé, sans audition préalable des parties.

⁵⁶ Art. 41 CO.

⁵⁷ Art. 47 CO.

⁵⁸ Art. 28g–28 l CC. Les tribunaux ont en effet reconnu que les sites internet faisaient partie des «médias à caractère périodique», pour autant qu'ils soient régulièrement mis à jour et qu'ils pouvaient à ce titre être contraints de publier un rectificatif à la demande d'un tiers atteint dans sa personnalité par une de leurs publications.

Dans le contexte de l'internet participatif, le lésé pourra agir tant contre l'internaute ayant publié un contenu offensant, que contre le gestionnaire du site sur lequel ce contenu a été publié. En vertu des articles 28 ss CC, le gestionnaire d'un site internet participatif pourrait se trouver attrait devant les tribunaux, alors même qu'il n'avait lui-même aucune intention, ni même aucune conscience de porter atteinte à la personnalité d'autrui. De même, en vertu des règles sur la responsabilité solidaire, le gestionnaire pourra être reconnu solidairement responsable et condamné à indemniser le lésé, si celui-ci démontre qu'il a subi un dommage ou un tort moral⁵⁹. Par pragmatisme, le lésé agira d'ailleurs souvent en priorité contre le gestionnaire du site, qui sera plus aisément identifié et localisé que l'auteur du contenu illicite et qui offrira généralement de meilleures garanties de solvabilité.

B. Responsabilité sous l'angle du droit pénal

La publication de contenus sur le site d'une bibliothèque peut également être pénalement sanctionnée. Cela sera notamment le cas des contenus diffamatoires, obscènes, racistes ou incitant à la violence, des publications qui relèvent du dénigrement entre concurrents ou qui plagient une œuvre protégée par la LDA⁶⁰.

Certaines infractions (la discrimination raciale, la pornographie, etc.) donneront lieu à une poursuite pénale d'office, dès leur identification par les autorités compétentes, alors que d'autres (la diffamation ou la calomnie, le plagiat, etc.) ne seront poursuivies qu'en cas de plainte du lésé.

La responsabilité pénale ne s'appliquant en règle générale qu'aux personnes physiques, il conviendra de rechercher qui, au sein des collaborateurs ou de l'administration de la bibliothèque, doit en être tenu pour responsable. En toute logique, l'auteur d'une contribution illicite sera recherché en premier lieu.

⁵⁹ L'art. 50 CO prévoit en effet que *«lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.»*

⁶⁰ Art. 69 LDA. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons identifié les infractions suivantes comme étant particulièrement susceptibles d'être réalisées dans le contexte de la promotion des activités d'une bibliothèque sur internet: (i) Violation du droit d'auteur (art. 67 LDA), (ii) Infractions à l'honneur (art. 173–177 CP), (iii) Discrimination raciale (art 261. a 4 CP), (iv) Incitation à la violence (art. 135 CP), et (v) Pornographie (art. 197 al. 1 CP).

Ainsi, la responsabilité principale sera supportée par le collaborateur ayant rédigé un article diffamatoire ou ayant publié une œuvre protégée par le droit d'auteur sans autorisation. Cette règle vaut également pour les sites participatifs et l'internaute qui rédige un commentaire sur le site de la bibliothèque en sera tenu pour responsable si ce commentaire est constitutif d'une infraction pénale.

En cas de publication illicite, la responsabilité pénale ne se limite pas obligatoirement à celle de l'auteur et elle peut s'étendre à d'autres personnes qui par leur action ou leur inaction ont rendu possible cette publication. Cette responsabilité étendue vise en particulier l'éditeur du site, soit la personne qui, selon l'organisation de la bibliothèque, assume la responsabilité de déterminer le contenu de son site internet.

Pour la plupart des infractions, la responsabilité secondaire s'appréciera selon les règles de la participation exposées précédemment. Selon la jurisprudence, une qualification de coauteur est possible dans ce contexte, lorsque l'éditeur fait sien, ou d'une quelconque manière cautionne les propos de l'auteur et donc qu'une intention commune de publier un contenu illicite est partagée entre l'auteur et le responsable du site⁶¹. Un tel cas de figure sera d'ailleurs plus facilement admis si l'auteur et l'éditeur font partie de la même organisation et qu'à ce titre ils collaborent pour établir le contenu du site internet de celle-ci.

En revanche, si l'éditeur ne cautionne pas la publication, mais ne fait que tolérer sa présence sur son site et, ayant connaissance de l'existence de ce contenu, s'abstient de prendre des mesures en vue de sa suppression, sa responsabilité tombera plus vraisemblablement sous le coup de la complicité⁶². La responsabilité en tant que coauteur sur la base du dol éventuel nous paraît également devoir être envisagée, lorsque l'éditeur se désintéresse du caractère potentiellement illicite d'une publication et accepte l'éventualité qu'une infraction pénale soit commise par le biais de son site internet.

Pour certaines infractions, celles qui présentent la caractéristique de se concrétiser dans l'expression de la pensée – notamment les atteintes à l'honneur⁶³, la provocation publique au crime ou à la violence⁶⁴ et la violation du secret de

⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008. 6B_645/2007 6B_650/2007/rod, consid. 7.3.4.5.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008. 6B_645/2007 6B_650/2007/rod, consid. 7.3.4.5.

⁶³ Art. 173–177 CP.

⁶⁴ Art. 259 CP.

fonction ou du secret professionnel⁶⁵ – la responsabilité de l'éditeur devrait à notre sens être envisagée sous l'angle du régime spécial du «droit pénal des médias» des articles 28 et 322^{bis} CP plutôt qu'au regard des articles 24 et 25 CP⁶⁶.

Ce régime prévoit la responsabilité primaire de l'auteur et une responsabilité secondaire de la «personne responsable de la publication» (soit l'éditeur du site) pour ne pas s'être opposé à une publication illicite. La responsabilité de l'éditeur n'est que subsidiaire, en ce sens qu'elle ne sera engagée que si l'auteur de la publication ne peut être identifié ou ne peut être jugé par un tribunal suisse⁶⁷. Le défaut d'opposition de l'éditeur peut être intentionnel ou résulter de la négligence, qui sera retenue si l'éditeur n'a pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances.

L'application du droit pénal des médias aura des répercussions importantes pour l'éditeur, car selon ce régime, sa responsabilité ne sera recherchée que pour défaut d'opposition à une publication illicite en vertu de l'art. 322^{bis} CP et uniquement si l'auteur n'est lui-même pas poursuivi. Le régime ordinaire lui est moins favorable puisque l'éditeur risque d'être poursuivi aux côtés de l'auteur pour avoir participé à l'infraction commise par celui-ci⁶⁸.

L'application de ce régime spécial à des publications sur internet reste un point débattu en doctrine et le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question⁶⁹. Pour notre part, nous soutenons cette solution, qui correspond à l'évolution des

⁶⁵ Art. 320–321 CP; font également partie de cette catégorie, la provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires (art. 276 CP), la publication de débats officiels secrets (art. 293 CP), l'usage de méthodes déloyales de publicité (art. 3, 23 LCD); arrêt du Tribunal fédéral ATF 125 IV 206 MICHEL DUPUIS/BERNARD GELLER/GILLES MONNIER/LAURENT MOREILLON/CHRISTOPHE PIGUET, Code pénal, Partie générale, Bâle 2008, op. cit., ad 28 CP N 4.

⁶⁶ Le Tribunal fédéral a en effet restreint l'application de ce régime spécial est formé par les art. 28 et 322^{bis} CP aux seules infractions qui étaient intégralement consommées par la publication dans un média et pour lesquelles l'application de ce régime favorable à l'éditeur ne trahissait pas la volonté du législateur d'empêcher la publication de certains propos ou représentations (ATF 125 IV 206).

⁶⁷ Art. 28 al. 2 CP.

⁶⁸ L'art. 322^{bis} CP prévoit des peines allant sera punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une amende, en cas de défaut d'opposition intentionnel et uniquement une peine pécuniaire en cas de négligence.

⁶⁹ Appelé à connaître du même cas, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question (Tribunal fédéral 6B_645/2007 6B_650/2007 /rod).

métiers de l'information et à la diversité des sites contribuant actuellement à l'information du public, et estimons qu'aucun intérêt public ne paraît s'opposer à l'application du mécanisme subsidiaire du droit pénal des médias pour les infractions soumises à ce régime. Le fait qu'un site soit exploité par des journalistes professionnels, ce qui correspond au critère retenu par le Tribunal pénal fédéral dans un cas de 2008⁷⁰, ne nous semble pas constituer un facteur déterminant pour apprécier la responsabilité de l'éditeur.

V. Conclusion

Un survol de la pratique judiciaire nous a permis de constater que les risques répertoriés dans la présente contribution se réalisent rarement en pratique et que les bibliothèques suisses et étrangères ne sont qu'exceptionnellement amenées à se défendre devant les tribunaux. Envisagés de manière positive et préventive, les principes que nous avons discutés ici serviront à l'adoption de lignes directrices pour les employés et de règlements pour les utilisateurs. A ce titre, le respect du droit constitue autant une marque d'éthique professionnelle, qu'une plus-value pour leurs usagers⁷¹.

Une stratégie de gestion du risque juridique, devrait s'articuler autour des principes d'information, de vigilance et de réactivité. Ainsi, il est en premier lieu recommandé d'informer tant le personnel de la bibliothèque que les usagers des règles juridiques applicables et de leurs conséquences. En outre, les bibliothécaires devront faire preuve de diligence afin d'éviter la commission ou la simple tolérance d'actes illicites et dans la mesure de leurs moyens humains et technologiques vérifier que les règles définies sont respectées. Enfin, en cas de constatation d'une activité illicite, la bibliothèque ne devra pas rester inactive, mais devra réagir en prenant les mesures appropriées envers le collaborateur ou l'utilisateur concerné, afin de mettre fin à la violation du droit et éviter qu'elle se répète.

⁷⁰ Dans un arrêt de 2008, le Tribunal pénal fédéral a suivi une approche restrictive en limitant son application aux publications faites sur les sites internet des organismes de médias traditionnels (presse écrite, radio et télévision), seuls autorisés à se prévaloir de la liberté des médias au sens de l'art 17 Cst. féd., arrêt du Tribunal pénal fédéral, Cour des affaires pénales, du 21 juin 2007, SK-2007-4).

⁷¹ RANDY DIAMOND et MARTHA DRAGICH, *Professionalism in librarianship: Shifting the focus from malpractice to good practice*, *Library Trends* (2001), Volume 49, Issue 3, p. 395–414.