

**LA MONDIALISATION**  
**Thème IV : La mondialisation et Internet**  
**RAPPORT SUISSE**

par<sup>1</sup>  
Bertil Cottier<sup>2</sup> et Camille Dubois<sup>3</sup>

**I. Mondialisation, Internet et droits des individus**

A) Comment sont protégées dans votre droit les données personnelles ?

*Remarques générales*

Le droit à la protection de ses données personnelles est en Suisse appréhendé comme une composante du droit au respect de la sphère privée (art. 13 al. 1 de la Constitution fédérale<sup>4</sup>), qui est lui-même un élément de la liberté personnelle (art. 10 Cst.). L'art. 13 al. 2 Cst. prévoit que « toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ». La doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral ne s'en tiennent pas à la formulation restrictive de la norme constitutionnelle. Ils reconnaissent un véritable droit à l'autodétermination informationnelle à la personne concernée, à savoir le droit de pouvoir déterminer elle-même si et dans quels buts des informations à son sujet peuvent être traitées<sup>5</sup>.

Au plan légal, la protection des données personnelles est principalement assurée et concrétisée par la loi fédérale sur la protection de données du 19 juin 1992<sup>6</sup> et son ordonnance d'application<sup>7</sup>. Cette loi, voulue technologiquement neutre, s'applique aux traitements de données opérés par des personnes privées et à ceux opérés par des organes fédéraux. Les traitements de données effectués par des organes cantonaux (et communaux) relèvent en principe des lois cantonales de protection des données. Cette situation est une conséquence du système fédéraliste de la Suisse, qui veut que la Confédération ne peut légiférer que dans les domaines où la Constitution lui en donne la compétence, les cantons demeurant souverains pour le reste (art. 3 al. 1 Cst.). Ainsi, si elle dispose d'une compétence générale de légiférer en droit privé, tel n'est pas le cas en droit public (à l'exception du droit pénal), ou elle ne dispose que de compétences sectorielles. Pour l'élaboration de la LPD elle a ainsi dû se contenter d'édicter des règles à l'attention des organes fédéraux, basées sur son pouvoir général de légiférer sur les autorités et services administratifs fédéraux<sup>8</sup>.

De nombreux autres textes législatifs fédéraux contiennent des règles de protection des données. Tel est principalement le cas en droit public, dans les domaines justement où la Confédération dispose de compétences spéciales<sup>9</sup>. Dans ces domaines, les règles qu'elle

---

<sup>1</sup> Les auteurs sont cités par ordre alphabétique.

<sup>2</sup> Dr. iur., Professeur de droit de la communication à l'Université de la Suisse italienne à Lugano.

<sup>3</sup> Mlaw, Avocate, Collaboratrice scientifique à l'Office fédéral de la justice à Berne.

<sup>4</sup> Cst. ; RS 101.

<sup>5</sup> MEIER, Protection des données - Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 167ss; SCHWEIZER Rainer J./RECHSTEINER David, Grund-und menschenrechtlicher Datenschutz, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (éd.), Datenschutzrecht - Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Bâle 2015, p. 44 et réf. ; ATF 140 I 2 c. 9.1.

<sup>6</sup> LPD ; RS 235.1.

<sup>7</sup> OLPD ; RS 235.11.

<sup>8</sup> MEIER, N 167ss.

<sup>9</sup> Ces dispositions sont innombrables, et concernent des domaines aussi variés que les télécommunications, les migrations, les assurances sociales et la santé, les archives, ou la protection de l'Etat. Cette pléthore de normes

édicte s'appliquent également aux organes cantonaux. Le législateur n'est pas lié par le niveau de protection offert par la LPD. Il peut s'écarter des principes et valeurs de cette loi et prévoir des règles différentes, voir créer un système autonome de protection des données qui privera la LPD de sa portée matérielle. Lorsque la législation spéciale n'est pas exhaustive, les organes chargés fédéraux d'appliquer la loi doivent respecter les principes généraux de la LPD. Par ailleurs, ces principes généraux doivent être pris en compte lors de l'interprétation de ces réglementations spéciales<sup>10</sup>. Il s'agit d'interpréter dans chaque cas d'espèce la volonté du législateur<sup>11</sup>. Notons encore que la LPD exclut elle-même de son champ d'application toute une série de domaines réglementés par des lois spécifiques (art. 2 al. 2 let. a à d LPD). Par ailleurs, la LPD ne s'applique pas aux données personnelles qu'une personne physique traite pour un usage exclusivement personnel et qu'elle ne communique pas à des tiers (art. 2 al. 2 let. a LPD).

La LPD est actuellement en pleine révision. Un projet de loi pour la consultation externe doit être élaboré pour fin août 2016. La révision a pour but général d'améliorer la protection des données et de se conformer au projet de modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe<sup>12</sup>, à laquelle la Suisse est partie, mais aussi d'éviter de se démarquer des projets de directive et de règlement de l'Union européenne<sup>13</sup>.

Compte tenu du questionnaire, nous nous sommes concentrés, pour la rédaction du présent rapport, sur les aspects privés de protection des données. Les traitements par les organes fédéraux et cantonaux ne seront abordés que de manière ponctuelle.

### Protection des données en droit privé

L'art. 12 al. 1 LPD prévoit que « quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées ». La LPD reprend ici le principe posé à l'art. 28 al. 1 CC qui veut que personne ne doit, par son comportement – ici un traitement de données – porter atteinte à la personnalité d'autrui (cf. infra I/C1 et C2). Lorsqu'une telle atteinte se produit elle est par définition illicite, compte tenu du caractère absolu des droits de la personnalité. Le droit de la personnalité ici concerné est en premier lieu celui à l'autodétermination informationnelle, mais d'autres droits, tels le droit à l'honneur, à l'image ou à l'intégrité peuvent aussi être concernés. L'illicéité de l'atteinte peut-être levée en présence d'un motif justificatif, soit la loi, le consentement de la personne concernée ou un intérêt prépondérant, public ou privé. L'art. 13 al. 2 LPD donne une liste exemplative des intérêts de l'auteur susceptibles s'entrer en considération. Leur prise en compte effective dépend de l'appréciation du juge. Il s'agit notamment des cas suivants : le traitement est en relation directe avec la conclusion du contrat et les données concernent le cocontractant ; le traitement s'inscrit dans un rapport de concurrence économique actuel ou futur avec une autre

---

est, entre autres, une conséquence des articles 17 et 19 LPD, qui exigent que les organes fédéraux soient au bénéfice d'une base légale spéciale pour traiter et communiquer des données personnelles.

<sup>10</sup> ATAF 2002/14, c. 4.3 et réf.

<sup>11</sup> GERSCHWILER Stephan, Prinzipien der Datenbearbeitung durch Privatpersonen und Behörden, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (éd.), Datenschutzrecht - Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Bâle 2015, p. 78s.

<sup>12</sup> Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel; RS 0.235.1.

<sup>13</sup> Projet de directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécutions de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données et projet de relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

personne ; les données recueillies concernent une personne publique et se réfèrent à son activité publique.

L'art. 12 al. 2 LPD liste de manière non-exhaustive les cas dans lesquels l'atteinte est présumée de manière irréfragable. Il s'agit des cas suivants: traitement des données personnelles en violation des principes définis aux art. 4, 5 al. 1 et 7 al. 1 LPD, traitement des données contre la volonté expresse de la personne concernée et communication à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité (cf. infra A4). L'art. 12 al. 3 précise qu'il n'y a en principe pas d'atteinte lorsque la personne concernée a rendu ses données accessibles à tous et ne s'est pas opposée formellement au traitement.

Lorsque la personne concernée estime que ses données font l'objet d'un traitement illicite, elle dispose des moyens de droit prévus à l'art. 15 LPD, qui renvoie pour l'essentiel aux actions du CC concernant les atteintes à la personnalité. Ce qui est dit sous let. C1 et C2, notamment s'agissant de la légitimité passive, peut donc être repris ici.

Précisons encore que si l'auteur du traitement est soumis à la loi fédérale sur les télécommunications<sup>14</sup> – c'est-à-dire lorsqu'il transporte des informations entre au moins deux parties au moyen de techniques de télécommunication (art. 3 let. b LTC) – il est en outre soumis aux règles spécifiques de cette loi, et en particulier au secret des télécommunications (art. 43ss LTC), dont la violation implique des sanctions pénales (art. 321ter du Code pénal<sup>15</sup>).

*A.1 Quelle est la définition des données à caractère personnel dans votre droit ? Existe-t-il une définition formelle ?*

Les données à caractère personnel sont définies à l'art. 3 let. a LPD. Il s'agit de toutes les informations qui se rapportent à une personne – physique ou morale – identifiée ou identifiable.

*A.2 Du côté de l'internaute, y a-t-il un droit de propriété sur les données ? S'agit-il plutôt d'un droit à la protection de la vie privée ?*

La personne concernée ne dispose pas d'un droit de propriété sur ses données. Comme nous l'avons mentionné dans les remarques générales, la protection des données constitue un aspect du droit respect de la sphère privée (art. 13 al.1 Cst.). Sur le plan du droit privé, la protection des données est rattachée aux droits de la personnalité du Code civil<sup>16</sup>, c'est d'ailleurs bien souvent sous cet angle qu'elle est examinée par les tribunaux. L'institution d'un droit de propriété sur les données personnelles est cependant un thème de discussion en Suisse. Un député a d'ailleurs déposé en 2014 une initiative parlementaire visant à modifier l'art. 13 al. 2 Cst., de manière à introduire un droit de la personne concernée sur ses données<sup>17</sup>.

*A.3 Faut-il toujours un accord de l'internaute pour recueillir et pour utiliser ses données personnelles ou y a-t-il des cas où on peut le faire sans cet accord ?*

En droit suisse le défaut de consentement n'entraîne pas automatiquement l'illicéité du traitement. Bien souvent cependant l'absence de consentement implique aussi la violation des principes de la bonne foi, de la reconnaissabilité et/ou de la finalité (art. 4 LPD). L'illicéité de l'atteinte pourra dans ce cas être levée soit par un consentement donné ultérieurement, soit par un autre motif justificatif (cf. infra I/A).

*A.4 Y a-t-il des données plus sensibles que d'autres, qui sont soumises à un régime spécial (données de santé, religion, opinions politiques, ...) ?*

---

<sup>14</sup> LTC; RS 784.10.

<sup>15</sup> CP; RS 311.0.

<sup>16</sup> CC ; RS 202

<sup>17</sup> Initiative parlementaire 15.4253 (Derder) du 20 juin 2014.

La LPD soumet les données sensibles ainsi que les profils de la personnalité à un régime spécial de protection. Les données sensibles sont constituées des données relatives aux opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, à celles sur la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, à celles sur les mesures d'aide sociale et à celles concernant des poursuites ou sanctions pénales ou administratives (art. 3 let. c LPD). Les profils de la personnalité sont un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique (art. 3 let. d LPD).

La présence de données sensibles et de profils de la personnalité appelle d'une part une rigueur particulière dans l'application des principes généraux de traitement et d'autre part l'application de règles spéciales de protection (par exemple art. 4 al. 5, 11a al.3, 12 al. 2 let.c, et 14 LPD).

*A.5 Votre pays a-t-il conclu (ou fait-il partie d'une Union qui a conclu) un Traité sur le sort des données (comme le traité transatlantique entre l'Europe et les USA par exemple) ? Dans ce cas, comment sont traitées les données ? Ce traité favorise-t-il la protection des personnes ou l'économie ?*

La Suisse ne participe pas aux négociations concernant le TAFTA. En revanche, elle participe à celles concernant le Trade in Service Agreement (TISA) qui est un accord sur le commerce de services. La Suisse a par ailleurs conclu des Traités spécifiques concernant l'échange de données, comme l'Accord sur le régime de la sphère de sécurité avec les Etats-Unis<sup>18</sup> ou le "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) entré en vigueur le 2 juin 2014, qui prévoit la transmission de données bancaires aux autorités américaines concernant les comptes détenus par des personnes américaines en Suisse. Le premier cité est calqué sur l'Accord sur la sphère de sécurité entre les Etats-Unis et l'Union européenne, invalidé par la Cour de Justice de l'Union européenne le 6 octobre 2015<sup>19</sup>. La Suisse n'a pour le moment pas suspendu ou dénoncé son accord. Le gouvernement estime qu'une renégociation n'a de chances d'aboutir que dans le cadre d'une recherche de coordination avec l'Union européenne, et suit donc de près les avancées du "Privacy Shield". A noter que depuis l'arrêt de la Cour, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (cf. infra A.10 ; Préposé) recommande de convenir de garanties contractuelles spéciales pour le transfert de données vers les Etats-Unis.

*A.6 Comment protège-t-on les personnes dans le cloud-computing (l'informatique en nuage) ?*

Selon la LPD, le cloud-computing constitue un traitement de données par un tiers, soit un cas de sous-traitance (art. 10a LPD). Un tel traitement n'est autorisé que si une convention (mandat, contrat d'entreprise etc.) ou la loi le prévoient. Par ailleurs, seuls peuvent-être délégués les traitements que le mandant serait en droit d'effectuer lui-même et si aucune obligation légale ou contractuelle ne l'interdit. Le mandant doit veiller à ce que le sous-traitant garantisse la sécurité des données au sens des art. 7 LPD et 8ss et 20 OLPD. Lorsque la délégation de traitement implique un transfert de données à l'étranger, l'art. 6 LPD, qui pose le principe de protection adéquate, devra en outre être respecté. En cas de violation de la loi, la personne concernée dispose des actions de l'art. 15 LPD.

*A.7 Comment protège-t-on les personnes dans le big data ?*

Le Big Data n'est pas abordé spécifiquement dans la LPD - ou une autre loi -, qui est, rappelons-le, technologiquement neutre. La révision en cours n'apportera pas non plus de solution globale à cette problématique. Pour appréhender au mieux le phénomène du Big Data et le cas échéant légiférer de manière circonstanciée, la Suisse a lancé ces dernières années

---

<sup>18</sup> RS 0.235.233.6.

<sup>19</sup> Affaire C-362/14 du 6 octobre 2015.

plusieurs projets, dans différents domaines. Ainsi, le gouvernement a lancé en juin 2015 un programme national de recherche, destiné à fournir les bases d'une utilisation efficace et adéquate des mégadonnées dans tous les secteurs de la société, et institué un groupe d'experts (Groupe "Avenir et du traitement et de la sécurité des données") qui est actuellement en train d'examiner les aspects sociétaux, politiques et économiques du Big Data. Ce phénomène sera également un thème important dans la nouvelle stratégie numérique du Conseil fédéral, qui devrait être adoptée d'ici l'été<sup>20</sup>.

*A.8 Existe-t-il dans votre droit un droit à l'oubli ? Comment se matérialise-t-il ? Pour les pays de l'UE, comment se matérialise dans votre pays la mise en œuvre du droit à l'oubli consacré par les arrêts Google Spain de la Cour de Justice?*

La LPD ne prévoit pas textuellement de droit à l'oubli. Les moyens de droits prévus à l'art. 15 al. 1 LPD permettent toutefois, lorsque le traitement de données est illicite (violation des principes de finalité et de proportionnalité notamment, ou opposition de la personne à tout traitement futur), d'obtenir la suppression totale ou partielle de ces dernières. De surcroît, le Tribunal fédéral soutient que le droit à l'oubli est une facette de la protection de la personnalité consacrée par l'art. 28 CC<sup>21</sup>.

*A.9 Est-ce que votre législation prévoit un cadre spécifique pour le transfert des données à caractère personnel ?*

La LPD prévoit des règles particulières pour le transfert de données à l'étranger à son article 6. En droit public, les organes fédéraux qui entendent communiquer des données à des tiers sont soumis aux exigences de l'art. 19 LPD.

*A.10 Qui est compétent pour faire respecter ces règles ? Existe-t-il une autorité de régulation et de contrôle indépendant, et de quel pouvoir de sanction dispose-t-elle ?*

En droit privé, la personne concernée doit s'adresser au juge civil pour faire valoir ses droits. En droit public fédéral elle s'adressera à l'organe responsable, puis, cas échéant, sur recours à une autorité administrative supérieure ou un tribunal. Dans certaines branches, il existe des Ombudsman, qui pourront aussi examiner des questions de protection des données dans des cas particuliers (Ombudscom en matière de télécommunications, Ombudsman des banques suisses).

La Suisse dispose, au plan fédéral, d'une autorité de contrôle en matière de protection des données, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (les cantons connaissent aussi une telle institution dans leurs domaines de compétences). Le Préposé est l'autorité de surveillance des organes fédéraux en matière de protection des données où il dispose de prérogatives assez étendues (art. 27 LPD). Dans le secteur privé, outre des tâches administratives, il exerce une activité de conseil (art. 28 LPD). Que ce soit dans le domaine privé ou public, il ne peut infliger de sanctions administratives ou décider lui-même du sort d'un traitement de données ; il ne peut émettre que des recommandations. En droit privé, son intervention, autonomie des parties oblige, est jugée exceptionnelle et les cas dans lesquels il peut ouvrir une procédure sont exhaustivement énumérés à l'art. 29 LPD. Le cas le plus fréquent est celui dans lequel une méthode de traitement est susceptible de porter une atteinte

---

<sup>20</sup> L'Office fédéral des télécommunications, qui est l'office en charge de l'établissement de la nouvelle stratégie, a dans ce cadre commandé une étude sur la question: Big Data: atouts, risques et mesures nécessaires pour la Confédération:

[http://www.bakom.admin.ch/themen/infosociety/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6i0NTU042I2Z6ln1ae2Izn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDfYJ9e2ym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A--](http://www.bakom.admin.ch/themen/infosociety/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6i0NTU042I2Z6ln1ae2Izn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDfYJ9e2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--).

<sup>21</sup> Voir l'arrêt 5C.156/2003 du 23 octobre 2003 et la jurisprudence citée (cet arrêt concernait la republication, sans raison particulière, des noms d'un membre d'une association de malfaiteurs quelques années après sa sortie de prison et sa réinsertion réussie).

à la personnalité d'un nombre important de personnes (art. 29 al. 1 let. a LPD)<sup>22</sup>. Cette exigence quantitative doit être relativisée car il faut aussi tenir compte des situations dans lesquelles plusieurs auteurs de traitements, sans individuellement atteindre le grand nombre de personnes requis, ont recours à un même procédé problématique. Par ailleurs, le nombre important de personnes est atteint non seulement en regard des personnes effectivement lésées, mais aussi par rapport à celles qui pourraient potentiellement l'être<sup>23</sup>.

Lorsqu'il ouvre une enquête, le Préposé établit les faits d'office. Il peut alors exiger la production de pièces, demander des renseignements ou demander à se faire présenter des traitements. A défaut de pouvoir de décision, il ne dispose pas de moyens de contrainte. En revanche, un refus d'obtempérer peut entraîner des sanctions pénales (art. 34 al. 2 let b LPD). S'il constate un risque d'atteinte ou une atteinte effective, il pourra émettre une recommandation, qui visera une modification ou une cessation du traitement. Cette recommandation n'est pas une décision sujette à recours et ne déploie aucun effet contraignant. Si la recommandation du Préposé n'est pas suivie par son destinataire, il peut porter l'affaire au Tribunal administratif fédéral, puis, cas échéant, sur recours, au Tribunal fédéral (art. 29 al. 4 LPD). L'octroi d'un pouvoir de décision et de sanction au Préposé est une mesure envisagée dans le cadre de la révision de la LPD

### C. Autres droits

*C.1. Comment est protégé le droit au respect de la vie privée sur Internet (en dehors de la question des données personnelles) ? Notamment sur les sites de journaux en ligne ?*

*C.2 Quels sont les moyens pour faire cesser les atteintes ?*

Le droit suisse contient depuis longtemps une norme, générique et technologiquement neutre, destinée à protéger la personnalité des personnes physiques et morales, l'art. 28 CC, qui a la teneur suivante : « Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. ». Concrètement, cette disposition permet à la victime d'une atteinte à sa personnalité (en particulier atteinte à l'honneur ou à la vie privée) de demander au juge civil de la faire cesser. Sur cette même base, la victime peut le cas échéant demander au juge de prévenir une atteinte prochaine, pour autant que celle-ci soit imminente et sérieuse. Pour gagner en efficacité, l'ordre du juge se double, le plus souvent, de la menace de sanctions pénales en cas d'inexécution<sup>24</sup>.

L'action défensive en protection de la personnalité instituée par l'art. 28 al. 1 CC peut être dirigée contre toute personne qui contribue, directement ou indirectement, à la commission de l'atteinte. Comme le souligne la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, « fait partie du cercle des légitimés à défendre dans les actions défensives, quiconque "participe" à l'atteinte. Cette formulation vise non seulement l'auteur originaire de l'atteinte, mais aussi toute personne dont la collaboration cause, permet ou favorise celle-ci, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait commis une faute (...). La seule collaboration porte (objectivement) atteinte, même si son auteur ne s'en rend pas compte ou ne peut même pas le savoir (...). En d'autres termes, peut ainsi être concerné celui qui, sans être l'auteur des propos litigieux ou même en connaître le contenu ou l'auteur, contribue à leur transmission. Le lésé peut agir contre quiconque a objectivement joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle - fût-il secondaire - dans la création

---

<sup>22</sup> La disposition mentionne qu'il doit s'agir d'une "erreur de système", ce qui laisse entendre qu'il doit d'agir d'erreurs techniques. Cela est erroné ; l'intervention du PFPDT se justifie dès que le principe, le contenu ou les modalités générales du traitement sont susceptibles de porter atteinte à la personnalité d'un grand nombre de personnes (MEIER, N 930; ROSENTHAL, art. 29 N 11).

<sup>23</sup> MEIER, N 1904ss.

<sup>24</sup> En application de l'art. 292 CP qui sanctionne de l'amende celui ne se soumet pas à une décision d'une autorité.

ou le développement de l'atteinte »<sup>25</sup>. Sur la base de cette interprétation large de la notion de « participation à l'atteinte », le Tribunal fédéral a notamment reconnu que, dans le domaine de la presse classique, non seulement l'auteur d'un article attentatoire à la personnalité peut être attrait en justice sur la base de l'art. 28 al. 1 CC, mais aussi l'éditeur, l'imprimeur ou encore l'exploitant d'un kiosque qui vend le journal litigieux<sup>26</sup>. Cela dit, si la participation à l'atteinte résulte d'une omission, la légitimation passive n'est acquise que si l'auteur a créé un état de choses dangereux pour autrui et n'a pris les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter la survenance d'un préjudice<sup>27</sup>.

S'agissant plus concrètement d'Internet, les actions défensives fondées sur l'art. 28 CC, permettent d'obtenir soit le blocage d'un contenu illicite par les fournisseurs d'accès (ci-après FAI) comme le retrait de contenus illicites par l'hébergeur. Ce point de vue a été confirmé par le Tribunal fédéral, lequel a ordonné, en 2013, le retrait d'un blog exploité par un quotidien genevois, de contributions attentatoires à l'honneur émanant d'un tiers<sup>28</sup>. Dans leurs considérants, les juges ont clairement rejeté l'argumentation de la partie défenderesse (le journal) qui exigeait que la victime s'en prenne directement à l'auteur des propos litigieux et non à l'intermédiaire qui ne fait que procéder à leur diffusion.

A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à se prononcer sur des cas impliquant des FAI. La doctrine, quant à elle, est d'avis que ceux-ci peuvent être astreints à bloquer l'adresse IP de sites contenant des données attentatoires à la personnalité diffusés sur Internet, car, même s'ils ne sont pas à l'origine des communications attentatoires, ils *participent* à leur diffusion sur le réseau des réseaux. Reste que le blocage ne doit cibler que les seuls contenus attentatoires et ne pas empêcher l'accès aux autres communications qui elles seraient licites (interdiction de l'*overblocking*)<sup>29</sup>. De plus on ne procédera au blocage que lorsqu'il est impossible d'agir en Suisse contre l'auteur ou l'hébergeur

L'action défensive peut également être dirigée contre le fournisseur de liens. Celui-ci peut être contraint de supprimer un lien vers un site attentatoire à la personnalité, pour autant qu'il s'agisse d'un lien profond, qui donne directement accès aux informations litigieuses ; un lien qui pointerait généralement sur le portail d'un site où se trouverait, entre autres des informations attentatoires, n'est pas suffisant<sup>30</sup>.

On relèvera encore que le blocage ou le retrait peut être ordonné à titre provisionnel. Aux termes des articles 261ss du code de procédure civile<sup>31</sup>, le juge peut en effet prendre des mesures, urgentes mais temporaires, contre les personnes qui contribuent à l'atteinte. Ces mesures provisionnelles (analogues aux procédures de référés du droit français) sont cependant soumises à des conditions strictes pour éviter les abus. Les mesures provisionnelles pouvant en effet s'assimiler à une forme de censure préalable qui menacerait la liberté de l'information, le législateur en a limité le recours à l'encontre des *médias à caractère périodique*, tels (mais pas exclusivement) la presse, la radio et la télévision: le juge n'est dans ce cas habilité à ordonner une mesure provisionnelle (par exemple une interdiction immédiate de diffuser une émission) que si le préjudice encouru par la victime est *particulièrement grave*

---

<sup>25</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (c. 6), 5A\_792/2011. Voir aussi arrêt du Tribunal fédéral du 28 octobre 2003 (5P.308/2003), retrait d'articles de journaux diffamatoires du site personnel d'un tiers.

<sup>26</sup> ATF 131 III 26.

<sup>27</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 9 novembre 2015 (5A\_963/2014), c. 5.3.

<sup>28</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A\_792/2011).

<sup>29</sup> ROSENTHAL David, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall? in: Jung (éd.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Berne/Zurich/Bâle, 2007, p. 158.

<sup>30</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2015 (5A\_658/2014), c. 4.2.

<sup>31</sup> CPC; RS 272.

et si l'intérêt à la publication ou à la diffusion n'est pas évident (art. 266 CPC). S'il fait peu de doutes qu'un FAI ou un hébergeur ne sauraient être qualifiés de média, car ni l'un ni l'autre n'exercent de contrôle éditorial sur l'information, il n'en va pas de même des opérateurs de plateforme en ligne. Reste que le Tribunal fédéral a refusé le bénéfice de l'art. 266 CPC à l'exploitant d'un réseau social<sup>32</sup>.

A la différence de l'action défensive qui permet de faire cesser l'atteinte, l'action réparatrice en dommages-intérêts ne peut viser qu'une personne qui a commis une faute (dol ou négligence grave). Elle n'est donc pratiquement envisageable que contre les journaux (hors-ligne ou en ligne peu importe) qui ont délibérément publié des propos attentatoires à la vie privée ou ont crassement violé les règles de la déontologie journalistique, telle l'obligation de vérifier leurs sources.

### C. 3 *Les droits de propriété intellectuelle sont-ils fragilisés par Internet ?*

Il est incontestable qu'Internet a fragilisé les droits de propriété intellectuelle, à commencer par le droit d'auteur qui est malmené par le piratage à grande échelle qui sévit sur les réseaux. Fragilisation d'autant plus marquée que la Suisse se distingue de la très grande majorité des pays du monde en refusant de sanctionner le téléchargement (*downloading*), à usage privé, d'œuvres protégées<sup>33</sup>. Autant dire qu'en Suisse, le concept de « téléchargement illégal » n'existe pas, comme l'a souligné opportunément un blogueur spécialisé dans les nouvelles technologies<sup>34</sup>. Malgré les très nombreuses critiques qu'elle suscite à l'étranger, cette politique de non criminalisation des usagers n'est pas prête d'être remise en question<sup>35</sup>.

Cela ne veut pas dire que la Suisse ne se préoccupe pas du piratage en ligne. Au contraire, le gouvernement a mis en consultation, en décembre 2015, un projet de révision de la loi fédérale sur le droit d'auteur<sup>36</sup> prévoyant un train de mesures qui vise directement les fournisseurs de services, car ils ont les moyens d'agir efficacement et de façon ciblée<sup>37</sup>. En bref, les hébergeurs suisses devront supprimer rapidement de leurs serveurs les contenus portant atteinte au droit d'auteur situés sur les plateformes qu'ils hébergent (institution notamment d'une procédure de *notice et take down*). Quant aux fournisseurs d'accès suisses, ils devront bloquer l'accès aux plateformes de piratage situées à l'étranger, sur ordre des autorités suisses. Enfin ce projet de révision entend créer des conditions cadres favorables au développement des offres légales d'œuvres en ligne, notamment par le biais de la consécration de la licence collective élargie.

### C.4 *Votre droit prévoit-il un cadre spécifique de responsabilité pour les hébergeurs ou les plateformes pour le contenu qu'ils hébergent ou diffusent ?*

La Suisse, contrairement à l'UE, ne connaît pas de cadre de responsabilité spécifique pour les hébergeurs, les FAI ou les plateformes Internet. Cette lacune a été critiquée par la doctrine. Sans succès : puisque fin 2015 le gouvernement suisse a affirmé, se fondant sur un rapport

---

<sup>32</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2011 (5A 790/2010 c. 5.2) ; le Tribunal fédéral n'a cependant pas expliqué en quoi un réseau social n'est pas un média périodique. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 octobre 2013 (1C\_335/2013), blogueur interdit de filmer les séances publiques d'une assemblée de commune, faute de compétence journalistique.

<sup>33</sup> Il va sans dire que le *uploading* illicite d'œuvres protégées constitue une violation du droit d'auteur sanctionnable.

<sup>34</sup> CHARLET François, En Suisse, ne dites pas "téléchargement illégal", posté le 18 juin 2012 (<https://francoischarlet.ch>).

<sup>35</sup> Voir le Rapport final du Groupe de travail sur le droit d'auteur AGUR12 du 28 novembre 2013, Berne, p. 77. Voir aussi le Rapport du Conseil fédéral du 11 Décembre 2015, Berne 2015.

<sup>36</sup> LDA ; RS 231.1.

<sup>37</sup> Rapport du Conseil fédéral du 11 Décembre 2015, Berne 2015.

d'experts, qu'il n'y avait pas lieu d'envisager des normes spécifiques sur la responsabilité des fournisseurs de services Internet<sup>38</sup>.

Au surplus, les fournisseurs de services Internet ne sont pas obligés de monitorer les contenus qu'ils hébergent et/ou les sites auxquelles ils donnent accès<sup>39</sup>. Ainsi, dans une affaire qui concernait un forum de discussion qui avait publié des messages haineux de tiers, le Tribunal fédéral n'a pas reproché à l'exploitant du forum de n'avoir pas continuellement surveillé les contributions postées : « L'exploitation d'un forum de discussion est indissociable du risque que des contenus illégaux y soient déposés et, partant, que des intérêts juridiquement protégés par une norme pénale soient lésés. Si, en lui-même, ce risque n'excède pas ce qui peut être admis en société (Sozialadäquanz) et ne permet vraisemblablement pas de fonder une obligation de surveillance permanente, la situation est cependant différente lorsque l'exploitant du forum a effectivement connaissance de la présence de ce contenu illégal sur son site<sup>40</sup> ».

#### D. Aspects de droit international privé

*D.1 Quel est dans votre droit le tribunal compétent en matière de cyber-délits ? D.2 Est-ce le même pour tous les cyber-délits ?*

La compétence à raison du lieu se détermine soit selon la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>41</sup>, soit selon la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987<sup>42</sup>. Nous ne développerons ci-après que les spécificités de la LDIP.

Selon l'art. 129 LDIP, une action fondée sur un acte illicite peut être introduite au lieu du domicile du défendeur ou au lieu de l'acte ou du résultat. Lorsque le défendeur a son domicile en Suisse, le for du domicile prévu par la LDIP est cependant sans importance pour la question de la compétence internationale car la CL s'appliquera. L'art. 129 LDIP prévoit également un for au lieu de résidence habituelle du défendeur si celui-ci n'a pas de domicile en Suisse et un for au lieu de l'établissement pour les actions relatives à l'activité de ce dernier. On trouve une règle analogue pour les violations de droits de propriété intellectuelle (art. 109 al. 2 LDIP).

Dans son interprétation de la notion de lieu de l'acte, le Tribunal fédéral s'appuie sur la jurisprudence de la CJUE<sup>43</sup>. Il est ainsi probable qu'il fera de même pour la notion de lieu du résultat. La doctrine s'oppose toutefois à une reprise de la solution retenue par la CJUE<sup>44</sup> en cas de pluralité de lieu de résultat d'un acte illicite<sup>45</sup>.

*D.3 Quel est dans votre droit la loi applicable à l'indemnisation de la victime d'un cyber-délit ? D.4 Est-ce la même pour tous les cyber-délits ?*

<sup>46</sup>La question est réglée par la LDIP. En cas d'action fondée sur un acte illicite, les parties peuvent, après la survenance du dommage, convenir à tout moment de l'application du droit du for, soit du droit suisse lorsque l'action est introduite en Suisse (art. 132 LDIP). À défaut

<sup>38</sup> Rapport du Conseil fédéral du 11 Décembre 2015, Berne 2015, p. 97ss.

<sup>39</sup> Voir en particulier FOUNTOLAKIS Christiana/FRANCEY Julien, La diligence d'un hébergeur sur Internet et la réparation du préjudice, *medialex* 2014, p. 181.

<sup>40</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008 (6B 645/2007), en particulier c. 7.3.4.4.2 :

<sup>41</sup> CL; RS 0.275.12.

<sup>42</sup> LDIP; RS 291.

<sup>43</sup> ATF 131 III 153, c. 6.2.

<sup>44</sup> Arrêt de la CJUE C-68/93 du 7 mars 1995.

<sup>45</sup> Rapport du Conseil fédéral du 11 Décembre 2015, p. 972ss.

<sup>46</sup> Les explications ci-dessous sont largement basées sur le rapport du Conseil fédéral du 11 décembre 2011, p. 972ss.

d'un tel accord, la règle applicable est celle-ci: lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même État, les actions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet État (art. 133 al. 1 LDIP). En l'absence de résidence habituelle dans le même Etat, c'est le droit en vigueur au lieu de l'acte qui s'applique. Si le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait (art. 133 al. 2, LDIP). L'art. 133 al. 3 LDIP prévoit encore que "nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique".

Lorsqu'un dommage découle de la publication de contenus sur Internet, on peut admettre que la consultation de ces derniers dans le monde entier était pour le moins prévisible. Cela n'implique cependant pas automatiquement que ces contenus sont susceptibles d'engendrer un dommage dans tous les États où ils sont consultés. La prévisibilité du dommage doit donc être évaluée pour chaque État selon les circonstances du cas d'espèce<sup>47</sup>.

La portée matérielle de la loi applicable ainsi définie découle de l'art. 142 LDIP, qui veut que la loi applicable détermine notamment « les conditions et l'étendue de la responsabilité, ainsi que la personne du responsable ».

Des règles particulières s'appliquent pour les prétentions fondées sur une atteinte à la personnalité par les médias ou tout autre moyen public d'information (dont l'Internet fait également partie selon plusieurs avis de doctrine)<sup>48</sup>. Selon l'art. 139 al. 1 LDIP, le lésé peut choisir entre: le droit de l'État dans lequel il a sa résidence habituelle, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet État; le droit de l'État dans lequel l'auteur a son établissement ou sa résidence habituelle; ou le droit de l'État dans lequel le résultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet État. L'art. 139 al. 3 LDIP prévoit que l'art. 139, al. 1, LDIP s'applique aussi aux atteintes à la personnalité résultant du traitement de données personnelles ainsi qu'aux entraves mises à l'exercice du droit d'accès aux données personnelles.

Les critères de rattachement mentionnés à l'art. 139 al. 1 LDIP correspondent largement à ceux définis par la CJUE en matière de compétence (le lieu de résidence habituelle du lésé étant la plupart du temps le lieu où se trouve le centre de ses intérêts). S'il y a plusieurs lieux du résultat au sens de la let. c, le droit applicable dans chaque État concerné doit être déterminé séparément<sup>49</sup>. Ce point de vue n'est cependant pas unanime<sup>50</sup>. Les auteurs cités estiment que la loi applicable est également déterminante pour établir s'il y a atteinte à la personnalité. L'art. 142, al. 2, LDIP examiné précédemment ne joue donc aucun rôle ici.

Des règles particulières s'appliquent aussi en cas de concurrence déloyale (art. 136 al. 1 LDIP), et en cas de violation de droits de propriété intellectuelle (art. 110 LDIP).

## **II. MONDIALISATION, INTERNET ET LA PUISSANCE DES ACTEURS (les géants de l'Internet : GAFA : Google Apple Facebook Amazon, et d'autres encore : booking, expedia, twitter, etc...)**

---

<sup>47</sup> BONOMI Andrea, in: Bucher (éd.), Commentaire romand de la loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, Bâle 2011; art. 139 N 7.

<sup>48</sup> DASSER Felix, in: Schnyder./Vogt /Honsell h/Berti (éd.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3e éd., Bâle 2013, ad art. 139, N 8; REYMOND Michel, La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet, Genève 2015, N 650.

<sup>49</sup> DASSER, ad art. 139 n° 18 ss avec d'autres références ; BONOMI, ad art. 139 N 8.

<sup>50</sup> Voir renvois dans DASSER, ad art. 139 N 18, et REYMOND, N 650.

*II.1 Le modèle économique des géants de l'Internet repose sur une prétendue gratuité :- gratuité apparente parce que l'internaute transfère ses données à caractère personnel ; gratuité apparente parce que le géant se paye sur une autre face du marché par de la publicité. Votre droit a-t-il déjà fait une analyse de cette fausse gratuité ? Y a-t-il déjà eu des textes, des recommandations ou des décisions sur ce point ?*

A ce jour aucun texte de loi ni recommandation officielle n'aborde cette question. Il se peut toutefois que cela change : un député a proposé l'année dernière que l'ordonnance fédérale sur les indications de prix<sup>51</sup> soit modifiée de telle sorte que lorsqu'une prestation est proclamée gratuite et que des données personnelles sont collectées à titre de contre-prestation, il en soit expressément fait mention à côté de l'annonce de gratuité<sup>52</sup>.

*II.2. Les géants jouent avec les différents systèmes juridiques pour optimiser au mieux leur situation :-d'abord leur situation juridique : clause attributive de juridiction, clause de loi applicable ; -ensuite leur situation fiscale, notamment en faisant de la marge, là où l'impôt est le plus faible (Google et le double Irlandais ou le sandwich néerlandais, ex : certains réseaux sociaux payent moins de 6000 euros d'impôts en France pour plusieurs milliards engrangés). Quelle est la position de votre droit face à une telle optimisation permise par la mondialisation, dans ces deux domaines?*

Le droit suisse n'aborde pas expressément la question de l'optimisation fiscale dans le domaine des géants de l'Internet. Au demeurant, sous la pression de l'OCDE, la Suisse est en passe de revoir de fond en comble la fiscalité des entreprises (abandon des avantageux forfaits fiscaux notamment), afin de diminuer l'attractivité de la place économique suisse pour les grands groupes internationaux. Ce chantier est toutefois complexe, car, fédéralisme oblige, il implique une triple intervention du législateur, respectivement aux niveaux fédéral, cantonal et communal.

*II.3. Les géants de l'Internet se rendent parfois coupables d'abus de position dominante. Y a-t-il eu dans votre pays des affaires concernant de tels abus ?*

Pas encore, et probablement toujours pas dans un futur proche. Le Président de la Commission fédérale de la concurrence a justifié en ces termes sa stratégie de non intervention : « Lorsqu'il s'agit de problématiques mondiales et que le marché suisse ne présente aucune spécificité, nous laissons nos homologues européens, américains ou asiatiques agir, pour utiliser au mieux nos ressources ».<sup>53</sup>

*II.4 Les géants de l'Internet construisent souvent des systèmes fermés ou semi-fermés: exemple : Apple : vous avez un Iphone, il faut aller sur apple store, etc.. Votre droit a-t-il appréhendé ces exclusivités et ces écosystèmes fermés ou semi-fermés ?*

Non (et la question ne fait pas débat dans notre pays).

*II.5 Les contrats que proposent les géants de l'Internet aux internautes sont des contrats d'adhésion. Votre droit protège-t-il les internautes dans ce cadre et si oui, comment ? (clauses abusives, pratiques commerciales déloyales, mais est-ce commercial si c'est gratuit ? etc...)*

Le droit suisse n'ignore pas la problématique des contrats d'adhésion ; toutefois les mesures prises sont générales et ne visent pas spécifiquement les géants de l'Internet. Ainsi, sans mettre son veto aux conditions générales non négociées, le Tribunal fédéral n'a jamais hésité à annuler les clauses qui s'avèreraient insolites, à savoir celles « qui modifient de manière

---

<sup>51</sup> OIP; RS 942.2

<sup>52</sup> Motion 15.3044 (Schwaab) du 4 mars 2015.

<sup>53</sup> MARTENET Vincent, interviewé par le quotidien Le Temps (9 avril 2015).

essentielle la nature d'un contrat ou qui le sortent dans une mesure importante de son cadre légal »<sup>54</sup>. En 2012, le législateur est intervenu pour sanctionner plus strictement les dérives des conditions générales par le biais d'une modification de la loi contre la concurrence déloyale<sup>55</sup> : « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi, prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat » (art. 8 nouveau).

Ce nonobstant, la popularité des médias sociaux a ravivé la controverse autour des conditions générales. Et ce, pour deux raisons. D'abord, en raison de la manifestation quasi instantanée du consentement : l'utilisateur accepte les conditions générales, en ligne, par le biais d'un double clic de souris (pressé de pouvoir accéder au réseau social convoité, il « zappe » les dispositions contractuelles). Ensuite du fait que ces conditions générales sont sans cesse unilatéralement modifiées par les géants du Net. Ces carences n'ont toutefois pas conduit le législateur ou les tribunaux à intervenir à ce jour. Tout au plus peut-on signaler un récent arrêt du Tribunal fédéral qui a validé une clause d'élection de for contenue dans des conditions générales, intégrées à un contrat d'entreprise, mais seulement disponibles sur le site web de l'entrepreneur<sup>56</sup>.

L'optimisation juridique (élection de droit, election de for) n'a pas en soi soulevé de problèmes, sauf à souligner que le Tribunal fédéral ne s'est pas laissé impressionné par l'argumentation de Google, qui dans une affaire qui l'opposait au Préposé à propos du service Google Street View, soutenait que le litige rassortissait aux tribunaux américains<sup>57</sup>. Le TF a balayé ce point de vue et fondé la compétence des juridictions suisses au motif que les prises de vues sont faites en Suisse, ce qui créait un lien prépondérant avec notre pays ; la finalisation de la production des images hors de Suisse ainsi que leur publication depuis l'étranger ne jouent qu'un rôle accessoire qui ne saurait occulter ce rattachement décisif.

### **III. Mondialisation, Internet et difficultés de la répression des pratiques illicites**

#### *III.1 Comment votre droit lutte-t-il contre la pédopornographie sur Internet ?*

Au plan international, la Suisse a ratifié la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 novembre 2011<sup>58</sup>, dont l'art. 9 contient des prescriptions assez détaillées sur les infractions se rapportant à la pédopornographie. Elle a également adhéré à la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007.<sup>59</sup>

Au plan interne, la pédopornographie est punie par l'art. 197 CP. Cette disposition incrimine notamment le fait de montrer, de rendre accessibles à une personne de moins de 16 ans ou de mettre à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques. Si des contenus pornographiques sont publiés sans restrictions d'accès efficaces, ils sont rendus accessibles à des moins de 16 ans (par exemple, mettre un avertissement qui disparaît lorsque l'on clique dessus<sup>60</sup>, ou restreindre l'utilisation d'une page à l'aide d'un mot de passe sans contrôle de l'âge<sup>61</sup>).

---

<sup>54</sup> LE ROY Yves/SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, Introduction au droit suisse, Zurich 2011, p. 213.

<sup>55</sup> LCD; RS 241.

<sup>56</sup> ATF 135 III 345.

<sup>57</sup> ATF 138 II 346.

<sup>58</sup> RS 0.311.43.

<sup>59</sup> RS 0.311.40.

<sup>60</sup> ATF 131 IV 64, c. 10.3

<sup>61</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6S.26/2005 du 3 juin 2005, c. 3.2.

Afin de lutter plus efficacement contre la criminalité sur Internet la Suisse a mis sur pied en 2001 un service national de coordination en la matière, le Service national de Coordination de la lutte contre la Criminalité sur Internet (SCOCI). On peut lui signaler l'existence de sites ou contenus Internet suspects. Après un premier examen et une sauvegarde des données, le SCOCI transmet les informations reçues aux autorités de poursuite pénale compétentes en Suisse et à l'étranger. Il est en outre chargé de rechercher des contenus illicites sur Internet et de procéder à des analyses approfondies dans le domaine de la criminalité sur Internet. Sont notamment concernés par la surveillance du SCOCI, la pornographie dure, la pornographie légale lorsqu'elle est librement accessible aux mineurs sans contrôle d'âge et la discrimination raciale ainsi que les infractions contre l'honneur et les menaces. Par ailleurs, le SCOCI met à disposition des fournisseurs d'accès une liste des sites Internet étrangers offrant de la pédopornographie malgré une demande de suppression des contenus illicites. Depuis juillet 2014, il dresse également une liste des sites de pornographie qui ont pour contenu des actes sexuels avec des animaux ou comprenant des actes de violence.

### *III.2 Comment votre droit lutte-t-il contre les propos racistes, haineux sur Internet ?*

La Suisse a ratifié le protocole additionnel du 28 janvier 2003 à la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques. Ce protocole n'est toutefois pas encore en vigueur.

Au plan interne, les propos raciste et discriminatoires – sur Internet – sont punis en Suisse par l'art. 261<sup>bis</sup> CP, pour autant qu'ils soient publics<sup>62</sup>. Cette disposition ne vise que les discriminations en raison de l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse. Pour les autres formes de discriminations, soit par exemple celles reposant sur le sexe, l'âge, un handicap ou une orientation sexuelle, seul entre en ligne de compte l'art. 28 CC. Le SCOCI est aidé dans ce domaine par la Commission fédérale contre le racisme (CFR), qui lui dénonce les cas qu'elle découvre.

### *III.3 Le droit pénal de votre pays est-il efficace pour lutter contre de telles infractions ?*

### *III.5 Existe-t-il des lois d'exception permettant de requérir le transfert de données par les acteurs d'Internet aux autorités nationales ?*

Notre droit pénal est à notre avis efficace en ce sens qu'il incrimine les principaux comportements constatés sur Internet, à l'exception notoire de l'usurpation d'identité et du vidéolynchage. Les difficultés sont plutôt liées à l'identification et à la poursuite des auteurs présumés, les contenus publiés sur Internet l'étant souvent de manière anonyme, et/ou à l'étranger<sup>63</sup>. Pour identifier l'auteur d'une infraction sur Internet – en obtenant dans la règle son adresse IP- les autorités pénales disposent selon les cas des moyens prévus par la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication<sup>64</sup> (en particulier l'art. 14 al. 4 LSCPT sur la surveillance rétroactive) et le code de procédure pénale<sup>65</sup> (en particulier l'art. 273 CPP sur la surveillance rétroactive et 263ss CPP sur le séquestre). Les autorités peuvent par ailleurs dans certaines situations faire bloquer l'accès à certains sites, en droit pénal sur la base de l'art. 69 CP, en droit administratif en vertu de l'ordonnance du 5 novembre 2014 sur les domaines internet<sup>66</sup> (art. 15 al. 1 et 2) ou de la loi

---

<sup>62</sup> ATF 130 IV 111.

<sup>63</sup> Rapport du Conseil fédéral sur l'aménagement de la protection de la jeunesse face au médias du 13 mai 2015, p. 33.

<sup>64</sup> LSCPT; RS 780.1.

<sup>65</sup> CPP; RS 312.0.

<sup>66</sup> RS 784.104.2.

fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure<sup>67</sup> (art. 13e ch 5).

### *III.4 Votre pays met-il en avant la soft-law/l'autorégulation pour lutter contre de telles infractions ?*

La Suisse est consciente des limites de l'intervention étatique dans le domaine de l'Internet. Dans son Rapport sur l'aménagement de la protection de la jeunesse face aux médias du 13 mai 2015<sup>68</sup>, notre gouvernement se dit vouloir instaurer une collaboration étroite dans ce domaine avec l'économie privée, qui dispose de la souplesse et des connaissances nécessaires pour réagir de manière adéquate aux évolutions. Il précise que l'Etat doit de son côté assurer la coordination, la surveillance des mesures d'autorégulation et l'encadrement de celles-ci.

Dans le domaine de l'Internet, la branche des médias a adopté deux conventions d'autorégulation:

- l'initiative sectorielle de l'Association suisse des télécommunications pour une meilleure protection de la jeunesse dans les nouveaux médias et pour la promotion de la compétence en matière de médias dans la société<sup>69</sup>. Ce texte prévoit notamment que ses signataires intègrent la liste de sites du SCOCI (cf. infra III.1) dans leurs systèmes, bloquent les adresses en question et empêchent ainsi l'accès de leurs clients aux sites listés en Suisse. Les principaux FAI de Suisse ont adhéré à l'initiative.
- Le Code de conduite Hébergement (CCH)<sup>70</sup> de la Swiss Internet Industry Association (Simsa) du 1er février 2013, qui est un code de conduite destiné aux fournisseurs suisses de services d'hébergement. Si un contenu potentiellement illicite est signalé sur le site d'un client de l'hébergeur, l'hébergeur peut bloquer – partiellement ou entièrement – l'accès au site Internet concerné jusqu'à ce que l'affaire ait été réglée entre les personnes concernées ou par des tribunaux ou autorités.

## **IV. Mondialisation, Internet et nouvelles opportunités**

### *IV.1 Votre droit a-t-il une réglementation spéciale des jeux en ligne ?*

Non, sauf à interdire purement et simplement l'exploitation de casinos en ligne, aux termes de l'art. 5 de la loi fédérale sur les maisons de jeux<sup>71</sup>. Cette disposition, qui fut adoptée en 1998, bannit l'exploitation depuis des serveurs situés suisses ; elle ne permet toutefois pas à la Commission fédérale des jeux d'empêcher l'accès des internautes suisses à des casinos en ligne opérant depuis l'étranger et offrant des prestations interdites en Suisse. Pour ce faire, une base légale expresse est nécessaire. Elle sera prochainement créée : le gouvernement a décidé, dans le cadre de la révision totale de la loi fédérale sur les maisons de jeux actuellement en cours, d'insérer une disposition spécifique donnant compétence à la Commission fédérale des jeux d'ordonner le blocage de sites de jeux situés à l'étranger. Une liste noire des sites litigieux sera ainsi régulièrement tenue à jour, transmise aux FAI pour blocage, puis officiellement publiée<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> LMSI; RS 120.

<sup>68</sup> [http://www.jeunesetmedias.ch/fileadmin/user\\_upload/Medienmitteilungen\\_Aktuellmeldungen/Rapport\\_CF\\_Jeunes\\_et\\_m%C3%A9dias.pdf](http://www.jeunesetmedias.ch/fileadmin/user_upload/Medienmitteilungen_Aktuellmeldungen/Rapport_CF_Jeunes_et_m%C3%A9dias.pdf)

<sup>69</sup> Consultable sous [www.asut.ch](http://www.asut.ch) > Publications > Initiative sectorielle

<sup>70</sup> [http://simsa.ch/\\_Resources/Persistent/2260a505424ef1e0c8100899a6f38a06e4a4ecff/130201-simsa-cch-public-f.pdf](http://simsa.ch/_Resources/Persistent/2260a505424ef1e0c8100899a6f38a06e4a4ecff/130201-simsa-cch-public-f.pdf)

<sup>71</sup> RS 935.52.

<sup>72</sup> Art. 88 de l'avant-projet de loi sur les jeux d'argent (version mise en consultation en 2014) : « 1 L'accès à une offre de jeux d'argent en ligne doit être bloqué lorsque celle-ci n'est pas autorisée en Suisse. 2 Seul est bloqué l'accès aux offres de jeux dont l'exploitant a son siège à l'étranger et qui sont accessibles en Suisse. 3 La CFMJ et l'autorité intercantonale d'exécution tiennent chacune une liste des offres de jeux bloquées dans leur

#### *IV.2. Votre droit a-t-il une réglementation spéciale du crowdfunding ?*

Non. Le gouvernement suisse est d'avis que le cadre légal général actuellement en vigueur suffit<sup>73</sup>. Ainsi le *crowddonating* est soumis aux règles classiques sur la donation. Quant au *crowdlending*, il est soumis à la législation sur les marchés financiers. On notera que la future loi fédérale sur les services financiers, actuellement en discussion au parlement, imposera une exigence de transparence des coûts et risques encourus par les bailleurs de fonds. Toute obligation d'emprunt sera en effet considérée comme un instrument financier. Partant, en cas de *crowdlending*, une feuille d'information de base devra être mise à disposition des clients privés<sup>74</sup>.

#### *IV.3 Votre droit a-t-il plus généralement une réglementation de l'économie de partage que permet Internet ? Exemple Blablacar.*

Non. L'économie de partage n'est pas spécialement réglementée (cf. aussi supra ch. IV.2) en Suisse. Ce phénomène, présent principalement dans les transports (de personnes, de biens), l'hébergement, les biens, les services (cuisine, travail) et les services financiers (financement participatif, prêt) met toutefois sous pression de grandes entreprises qui demandent davantage de réglementation afin de protéger leurs activités. Cette volonté de réglementer s'explique aussi par l'inquiétude que suscitent certains aspects liés à la prestation de services, comme la sécurité ou les taxes<sup>75</sup>.

#### *IV.5 Votre droit a-t-il réagi à l'uberisation de l'économie permise par Internet?*

Oui et non ; la seule réaction est en fait une décision de mars 2015 du Département de la sécurité et de l'économie du canton de Genève constatant que Uber, qui depuis septembre 2014 offrait des courses de taxis dans le canton, exerçait ses activités sans autorisation, en violation de la loi genevoise sur les taxis. Partant, il a ordonné à Uber de mettre un terme à ses activités sur le territoire cantonal. Cette décision a fait l'objet d'un recours auprès de la Cour de justice du canton de Genève. Ce recours, qui est fondé sur l'argument que les activités d'Uber ne tombent pas sous le coup de la loi sur les taxis et, dès lors, ne sont pas soumises à autorisation, est actuellement pendant<sup>76</sup>. Entretemps, le gouvernement genevois a soumis au parlement cantonal un projet de nouvelle loi cantonale sur les taxis qui, dans le but de s'adapter aux nouvelles réalités, autoriserait tout type d'offres de courses de taxis; ce projet, ardemment combattu par les entreprises de taxis traditionnelles, est à ce jour en cours de discussion.

---

domaine de compétence, et actualisent cette liste régulièrement. 4 Les fournisseurs de services de télécommunication bloquent l'accès aux offres de jeux figurant dans la liste ».

<sup>73</sup>. Ce cadre est explicité dans une fiche d'information spéciale que l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) a consacrée en décembre 2014 à la problématique. Voir également la Réponse du gouvernement suisse à la motion 14.4300 (Derder) du 6 mars 2015 et celle à l'interpellation 15.3917 (Grabner) du 4 novembre 2015.

<sup>74</sup> Voir les articles 60ss du projet du Conseil fédéral du 4 novembre 2015.

<sup>75</sup> DELOITTE, L'économie de partage: partager et gagner de l'argent - Quelle position pour la Suisse ? 2015.

<sup>76</sup> Le 16 janvier 2016 le Tribunal fédéral a refusé à Uber le bénéfice de l'effet suspensif (arrêt 2C\_547/2015).