

**JOURNEES INTERNATIONALES DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT 2016**  
**MÜNSTER ET BERLIN : « LA MONDIALISATION »**

*RAPPORT BRÉSILIEN*

– REPONSES AU QUESTIONNAIRE N. 4 : « MONDIALISATION ET INTERNET » –

*par*

**Gustavo TEPEDINO**

*Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ*

**Carlos KONDER**

*Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ*

**Amanda GUIMARÃES CORDEIRO**

*Étudiante en Master à l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ*

**Pablo RENTERIA**

*Professeur à l'Université Catholique Pontificale de Rio de Janeiro – PUC-Rio*

**Fernanda SABRINI**

*Doctorante à l'Université Panthéon-Assas Paris II et à l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ*

**Gustavo ESPÍRITO-SANTO**

*Doctorant à l'Université Paris II – Panthéon-Assas*

---

– I –

**MONDIALISATION, INTERNET ET  
LES DROITS DES INDIVIDUS.**

**A) COMMENT SONT PROTÉGÉES DANS VOTRE DROIT LES DONNÉES PERSONNELLES ?**

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

En droit brésilien, une loi fédérale (n° 12.965) entrée en vigueur en 2014 – connue sous l'appellation *Marco Civil da Internet* – « établit les principes, garanties, droits et devoirs pour l'usage d'Internet au Brésil ».

Parmi les principes qu'il établit, le *Marco Civil da Internet* consacre la « protection des données personnelles » des usagers d'Internet (art. 3, n. III). Or, au-delà de l'énoncé de ce principe, le *Marco Civil da Internet* ne propose pas de définition formelle de ce qu'il considère comme « donnée personnelle ». Par ailleurs, on ne trouve pas une telle définition en droit brésilien dans son état actuel.

Il revient alors à un « Projet de loi portant sur la protection, le traitement et l'usage des données personnelles » (PLS 330/2013), actuellement en cours d'analyse au Congrès national brésilien, de le faire. Ainsi, ce projet de loi (ci-après « Projet de loi sur les données personnelles ») définit les « données personnelles » comme :

« toute information, indépendamment de sa nature et de son support, qui peut être stockée, traitée ou transmise, concernant des personnes identifiées ou identifiables » (art. 3, I).

**- 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 ? (du côté de l'opérateur : valorisation des données : ce sera vu dans le II)**

En droit brésilien, on considère que la protection des données personnelles a un caractère extrapatrimonial, étant vue comme un des aspects du droit à la vie privée (DONEDA *et al.*, 2015, p. 75). Ceci découle des règles juridiques applicables à la matière, auxquelles s'ajoutent la protection constitutionnelle de la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale.

En effet, le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) consacre, comme nous venons de le voir, un principe de « protection des données personnelles » (art. 3, III) et établit ensuite que « le stockage et la mise à la disposition (...) des données personnelles et du contenu des communications privées, doivent tendre à la préservation de l'intimité, de la vie privée, de l'honneur et de l'image des parties directement ou indirectement concernées » (art. 10). Par ailleurs, le Code de la consommation brésilien (loi fédérale n° 8.078 de 1990), prévoit que le « consommateur (...) aura accès aux (...) données personnelles et de consommation le concernant faisant l'objet d'un archivage » (art. 43).

Néanmoins, au-delà de cet aspect extrapatrimonial de la protection des données personnelles, on trouve dans la jurisprudence brésilienne certaines décisions qui s'appuient indirectement sur le droit de propriété pour statuer en matière de protection des données personnelles. C'est le cas notamment dans certaines hypothèses d'abandon ou de renonciation aux données personnelles, comme en cas d'exposition volontaire d'informations personnelles ou d'abandon de biens contenant des informations biologiques comme l'ADN (TEPEDINO, 2014, p. 89).

**- 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 brésilien, le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) exige le « consentement explicite [de l'utilisateur d'Internet] pour l'acquisition, l'usage, le stockage et le traitement des données personnelles, ce consentement devant faire l'objet d'une clause spécifique au sein du contrat » (art. 7, IX).

Un système plus nuancé de protection des données personnelles, qui prend en considération une catégorie de données réputées « sensibles », est en effet proposé par le « Projet de loi sur les données personnelles » (PLS 330/2013) – cf. réponse à la question ci-après.

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

Le « Projet de loi sur les données personnelles » (PLS 330/2013) prévoit la catégorie de « données sensibles ». Il s'agit, selon ce Projet, des « informations personnelles portant sur l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses, idéologiques ou philosophiques, la filiation et la participation auprès des syndicats, l'état de santé ou l'orientation sexuelle de la personne physique titulaire de ces données, ainsi que les informations génétiques » (art. 3, IX).

Selon ledit Projet, « les données réputées sensibles ne pourront être ramassées, stockées, traitées, transmises, utilisées, fournies à d'autres usagers ou divulguées que dans les cas suivants : (I) sur consentement explicite, spécifique et non équivoque de son titulaire ou de son représentant légal ; (II) à des fins exclusivement statistiques, historiques, ou scientifiques, pourvu que son titulaire ne soit pas identifié ; (III) en raison d'une décision de justice ; (IV) en raison d'une disposition légale spécifique ; (V) en raison de l'intérêt public, tel que prévu dans le règlement de cette loi ; (VI) dans le but de protéger le droit à la vie du titulaire des données » (art. 5).

Cependant, au-delà de cette exigence de consentement dans le cas des « données sensibles », ce Projet de loi prévoit que, pour toute donnée personnelle, sensible ou non, il faut que leur « acquisition, stockage et traitement soient licites, en conformité avec le principe de la bonne foi et attachés à une finalité déterminée » (art. 4, I).

**- 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 ?**

Le Brésil figure parmi les signataires de la « Déclaration de Santa Cruz de la Sierra » qui a vu le jour lors de la « XIII<sup>e</sup> Cimera Ibero-americana » des chefs d'État et de Gouvernement, qui se sont réunis en Bolivie en novembre 2003. Cette rencontre, qui a reconnu l'importance des instruments de régulation pour la protection des données personnelles des citoyens dans les pays de la communauté ibéro-américaine, n'a cependant pas débouché sur la signature d'un traité spécifique sur la question.

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

Il n'y a pas, en droit brésilien, de réglementation spécifique concernant le « *cloud-computing* ». On applique à la matière les règles concernant la protection des données privées établies par le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014), auxquelles s'ajouteront, à l'avenir, le cas échéant, les règles du « Projet de loi sur les données personnelles » (PLS 330/2013).

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

À l'instar du « *cloud-computing* », il n'y a pas, en droit brésilien, de réglementation spécifique applicable à la protection des personnes dans le *big data*. Sont utilisées les règles de protection des données privées établies par le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014), auxquelles s'ajouteront, à l'avenir, le cas échéant, les règles du « Projet de loi sur les données personnelles » (PLS 330/2013).

**- 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 ?**

Le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) consacre le droit de tout usager d'Internet à « l'exclusion définitive des données personnelles communiquées à des applications Internet, par sa demande, à la fin du rapport contractuel, sauf hypothèse de conservation obligatoire de registres prévues par la loi » (art. 7, X).

Au-delà de ce texte légal, un droit à l'oubli de portée plus générale est reconnu par la doctrine et la jurisprudence brésiliennes, sous l'assise constitutionnelle du principe de la dignité de la personne humaine et du droit à la vie privée, dont application résulte d'une pondération entre deux valeurs : d'une part, la liberté de l'expression et, de l'autre, l'intérêt public lié à la mémoire et à l'histoire (SCHREIBER, 2011, p. 164).

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

Même s'il n'emploie pas le terme « transfert », le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) interdit expressément « que l'on fournisse à des tiers les données personnelles [de tout usager d'Internet], y compris des registres de connexion et d'accès à des applications Internet, sauf consentement libre, explicite et basé sur des informations suffisantes, ou encore dans des hypothèses prévues par la loi » (art. 7, VII).

Il convient de remarquer sur ce point que le « Projet de loi sur les données personnelles » (PLS 330/2013) propose une protection à toute sorte de « traitement » des données personnelles (catégorie qui comprend, *cf.* art. 3, par. 2, plusieurs modalités comme le transfert, mais aussi l'acquisition, la conservation, la modification des données personnelles) qui va au delà de la seule exigence d'un consentement libre et informé. Ledit projet impose notamment que le transfert (ou tout autre modalité de « traitement ») des données personnelles soit licite, conforme à la bonne foi et lié à une finalité spécifique (art. 4, I).

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

Au Brésil, l'« *Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL* » (créée par la Loi n° 9.472 de 1997) est l'autorité de régulation des activités de télécommunication. La loi attribue à l'ANATEL la compétence de « sanctionner les atteintes aux droits des usagers » des services de télécommunication (art. 18, XVIII).

En ce qui concerne spécifiquement la protection des données personnelles, le « Projet de loi sur les données personnelles » (PLS 330/2013) se contente d'une référence générale à « l'administration publique » lorsqu'il prévoit l'application de sanctions en cas de violation aux règles protectrices des données personnelles (art. 16). Les sanctions prévues sont : l'application d'amendes ; la suspension temporaire de l'activité ; l'intervention administrative ; et la prohibition totale ou partielle d'exercice de l'activité (art. 15).

**B) LA LIBERTE D'EXPRESSION SUR INTERNET :**

**- Y a-t-il des atteintes à la liberté d'expression sur Internet qui ont été sanctionnées dans votre droit ou par des juridictions de votre pays ?**

**- sur les réseaux sociaux (ex : cache pudique par Facebook sur le tableau de Courbet « l'origine du monde » révélant un nu féminin un peu osé, qui avait été reproduit par un internaute)**

**- par des moteurs de recherche.**

En droit brésilien, le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014), consacre le principe de « liberté d'expression, de communication, et de manifestation de la pensée, conformément à la Constitution fédérale » (art. 3, I).

À ce propos, la Constitution brésilienne consacre le droit fondamental à la « libre expression de toute activité intellectuelle, artistique, scientifique et de communication, indépendamment de censure ou d'autorisation » (art. 5, IX). Par ailleurs, la Constitution établit que « la manifestation de la pensée, la création, l'expression et l'information, émises par tout moyen ou véhicule de communication ne peuvent subir aucune restriction, selon les règles établies par cette Constitution » (art. 220).

À défaut de pouvoir mentionner des décisions des tribunaux supérieurs brésiliens sanctionnant des atteintes à la liberté d'expression commises par des réseaux sociaux ou des moteurs de recherche, nous pouvons mettre en évidence la place centrale donnée par la jurisprudence brésilienne à la liberté d'expression dans l'usage d'Internet.

**- Y a-t-il à l'inverse des abus de la liberté d'expression qui ont été sanctionnés par vos juridictions ? (propos diffamatoires par exemple ; injures sur Internet).**

Certaines décisions de juridictions brésiliennes sanctionnent l'abus de liberté d'expression sur internet. On peut mentionner notamment des cas de mise en ligne d'informations portant atteinte à l'honneur d'une personne (*Superior Tribunal de Justiça*, REsp 1504833/SP, publié le 01/02/2016) ; ne correspondant pas à la réalité des faits (*Superior Tribunal de Justiça*, AgRg no AREsp 511.862/MG, publié le 21/10/2015) ; pouvant être qualifiées comme une critique exagérée, porteuse d'un “*animus injuriandi vel diffamandi*” (*Superior Tribunal de Justiça*, AgRg no AREsp 606.415/RJ, publié le 01/07/2015).

**- Quels moyens peuvent être mis en œuvre pour faire cesser ces atteintes ? Sont-ils efficaces ?**

En droit brésilien, les moyens pour faire cesser des atteintes à la liberté d'expression sur Internet relèvent notamment du droit civil. L'article 12 du Code civil brésilien prévoit la possibilité de « demander la cessation d'une menace ou d'une lésion faite à un droit de la personnalité et des dommages et intérêts ». Par ailleurs, l'article 536, §1, du nouveau Code de procédure civile (Loi n° 13.105 de 2015), dispose que pour faire respecter une

obligation de faire ou de ne pas faire, les juges peuvent prendre des mesures telles l'application d'amendes, la saisie d'objets et la cessation d'activités nuisibles, pouvant le cas échéant demander le soutien des forces de l'ordre.

Dans la pratique, cependant, ces dispositifs se heurtent à une difficulté liée à la dispersion des informations mises sur Internet. En effet, les informations dont la suppression a été déterminée par mesure judiciaire peuvent être reproduites par d'autres sites. Pour éviter ce problème, certains tribunaux brésiliens ont pu ordonner l'arrêt intégral de certains fournisseurs d'information comme « YouTube » et « WatsApp », en cas d'inexécution d'une décision judiciaire.

### C) AUTRES DROITS :

**- 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 ?**

Le respect à la vie privée est un droit fondamental protégé au premier chef par la Constitution brésilienne. Celle-ci prévoit que « l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes sont inviolables ; les dommages moraux et matériels causés par leur violation doivent être réparés » (art. 5, X). Par ailleurs, le Code civil dispose que « la vie privée de la personne naturelle est inviolable et le juge, à la demande de l'intéressé, doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser » toute violation (art. 21).

En ce qui concerne spécifiquement la protection de la vie privée sur Internet, le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) établit la règle suivante :

**Art. 7.** L'accès à Internet est essentiel à l'exercice de la citoyenneté et les droits suivants sont assurés à tout usager :

**I** – l'inviolabilité de l'intimité et de la vie privée, leur protection et l'indemnisation des dommages matériels et moraux causés en cas de violation ;  
(...)

Ainsi, l'application des règles concernant la protection de la vie privée sur Internet est effective dans l'ordre juridique brésilien, ces règles jouant le rôle de garant de l'autodétermination de la personne (MORAES, 2010, p. 141). Une restriction dans l'application desdites règles protectrices de la vie privée sur Internet peut cependant être trouvée dans certaines décisions judiciaires concernant des personnes célèbres, sur l'argument de leur notoriété, associé à l'idée de leur présence dans des lieux publics (LEWICKI, 2006, p. 215).

### **- Quels sont les moyens pour faire cesser les atteintes?**

En droit brésilien, les moyens pour faire cesser les atteintes à la vie privée sur Internet relèvent notamment du droit civil. On peut mentionner ici l'article 12 du Code civil brésilien et l'article 536, §1, du nouveau Code de procédure civile (*cf.* dernière question du paragraphe 'B', ci-dessus).

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

Au Brésil, les moyens de contrôle consacrés à la protection des droits de propriété intellectuelle se trouvent, en effet, fragilisés par les possibilités multiples de circulation d'information sur Internet. A ce propos, la loi brésilienne sur les droits d'auteur (Loi n° 9.610 de 1998) a récemment fait l'objet d'une réforme (Loi n° 12.853 de 2015), afin de rendre les droits d'auteur plus flexibles et de privilégier, dans certaines hypothèses, les intérêts collectifs à caractère social et culturel. Néanmoins, cette réforme a manqué l'occasion d'établir des règles concernant le cas spécifique de la protection des droits d'auteurs dans l'usage d'Internet (SOUZA, 2006).

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

En ce qui concerne la responsabilité des fournisseurs de services d'applications, le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) crée un régime assez favorable aux sociétés d'Internet :

**Art. 19.** Dans le but d'assurer la liberté d'expression et d'empêcher la censure, le fournisseur de services d'applications sur Internet ne peut être civilement responsable des dommages causés par des contenus créés par des tiers que dans le cas où, à la suite d'une décision de justice, ledit fournisseur ne fait pas le nécessaire, dans le domaine du service qu'il rend et selon les limites techniques liées à ce service, pour rendre inaccessible le contenu considéré illicite, dans le délai déterminé par le juge, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement.

Toujours est-il que l'article 21 du *Marco Civil da Internet* consacre une exception à ce régime, en prévoyant une hypothèse où la responsabilité du fournisseur peut être imputée à la suite d'une simple notification (sans le besoin d'une décision de justice) :

**Art. 21.** Le fournisseur de services d'applications sur Internet qui met en ligne des données créées par des tiers sera subsidiairement responsable de la violation de l'intimité engendrée par la divulgation, dépourvue de l'autorisation des personnes concernées, d'images, de vidéos ou de tout autre support contenant des scènes de nudité ou de rapport sexuels à caractère privé, pourvu que le



fournisseur, après avoir reçu une notification de la part de la personne qui a participé à ces scènes ou de son représentant légal, ne rende pas ces données indisponibles dans les plus brefs délais, selon le domaine du service qu'il rend et selon les limites techniques liées à ce service.

#### **D) ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE :**

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

Le Brésil est une fédération et sa structure judiciaire est composée de tribunaux répartis en deux ordres de juridiction : celui des juges et tribunaux de chaque État ; et celui des juges et tribunaux fédéraux. La Constitution fixe la compétence la justice fédérale en matière criminelle notamment pour les crimes de nature politique, ceux pratiqués à l'encontre des biens, des services ou des intérêts de l'Union fédérale, ou encore ceux prévus par des traités internationaux, lorsque leur exécution a débuté au Brésil (art. 109).

A partir de ce cadre général, la jurisprudence concernant la compétence des tribunaux pour les *cyber-délits* est assez casuistique. En ce qui concerne, par exemple, la pédophilie pratiquée sur Internet, la compétence de la justice fédérale a déjà été déterminée, sur le fondement de l'existence d'un traité international. Inversement, la justice des Etats a déjà été reconnue compétente pour juger : l'échange fait entre citoyens brésiliens de messages contenant de la pornographie infantile (*Superior Tribunal de Justiça*, CC 121215/PR, publié le 01/02/2013) ; le stockage de pornographie infantile (*Superior Tribunal de Justiça*, CC 103.011/PR, publié le 22/03/2013) ; l'offense à l'honneur sur Internet pratiquée entre citoyens brésiliens (*Superior Tribunal de Justiça*, 121431/SE, publié le 07/05/2012) ; le crime de fraude (« *estelionato* ») perpétré sur Internet (*Superior Tribunal de Justiça*, CC 126.950/SP, publié le 10/05/2013).

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

La « Loi d'Introduction aux normes du droit brésilien » (*Décret-loi* n. 4.657, de 1942) pose la règle suivante : « pour la qualification et le contrôle de l'exécution des obligations, la loi applicable est celle du pays où l'obligation fut constituée » (art. 9). Au-delà de cette règle, qui concerne la loi applicable à des rapports contractuels, on ne trouvera pas en droit brésilien une norme spécifique pour déterminer la loi applicable dans le cas d'indemnisation de la victime d'un acte illicite, tel un *cyber-délit*. Ainsi, à défaut de règle spécifique, le critère traditionnellement accepté en matière de responsabilité civile extracontractuelle est celui de la « *lex loci delicti commissi* » ; règle

qui est d'ailleurs expressément prévue par le droit brésilien en matière criminelle : « La loi brésilienne est appliquée (...) à tout crime perpétré sur le territoire national » (Code pénal, art. 5).

Il se trouve, néanmoins, que l'élargissement de la sphère territoriale de la responsabilité civile extracontractuelle par des actes qui peuvent être perpétrés à l'échelle globale – comme les *cyber-délits* – mène le droit brésilien à relativiser ledit principe de territorialité. Ainsi, pour protéger la victime d'un acte illicite tel qu'un *cyber-délit*, il est permis à celle-ci de faire valoir la loi qui lui soit la plus avantageuse ; méthode qui a le mérite d'éviter que l'auteur d'un *cyber-délit* puisse se procurer un régime de responsabilité qui lui soit moins contraignant lors de l'exécution de l'acte illicite (EHRARDT Jr., 2008, p. 317).

## – 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...)**

*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 ?**

Il n'y a pas, en droit brésilien, de règle légale spécifique qui refuse le caractère gratuit aux contrats permettant l'utilisation des services des grands acteurs d'Internet. Néanmoins, la jurisprudence refuse en général à ce type de rapport le caractère de gratuité ; le cadre juridique applicable n'est donc pas celui des contrats à titre gratuit, mais les règles du Code de la consommation brésilien (Loi n° 8.078 de 1990).

Ainsi, le « *Superior Tribunal de Justiça* » (l'une des deux cours suprêmes au Brésil, compétente notamment pour veiller à l'application de la loi fédérale par les tribunaux) a déjà jugé que « même si le service rendu par le fournisseur de services d'Internet est gratuit, ceci ne change pas la nature du rapport de consommation que l'on peut vérifier, car l'expression 'moyennant rémunération', employée par l'art. 3, par. 2 [du Code de la Consommation] doit être interprétée de façon large, pour comprendre les profits indirects dont bénéficie le fournisseur » (*Superior Tribunal de Justiça*, REsp 1316921/RJ, publié le 29/06/2012).

*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?**

Selon le *Marco Civil da Internet* (Loi n° 12.965 de 2014) « son réputées non valables de plein droit les clauses contractuelles (...) [qui], dans un contrat d'adhésion, ne permettent pas que la partie contractante choisisse les tribunaux brésiliens pour la solution des litiges issus des services fournis au Brésil » (art. 8, § unique, II). Dans ce cas, la protection accordée à la partie faible constitue une restriction à l'autonomie de la volonté, en établissant des règles de connexion appropriées à ce genre de rapport contractuel (ARAÚJO, 2015, pp. 5-10).

Dans les cas où l'acteur d'Internet n'a pas de siège au Brésil, on trouve dans la jurisprudence des décisions qui ont permis que l'action en justice soit intentée à l'encontre d'une personne juridique ayant un rapport dans la chaîne de fourniture du service Internet. Cela a été le cas, par exemple, dans le cadre d'actions à l'encontre des applications *Lulu* et *Secret*, intentées contre Apple Brésil, sur le fondement que ces applications ont été téléchargées via *Apple Store*, et contre *Facebook*, au motif que les données utilisées par lesdites applications ont été recueillies dans ce réseau social (v. p. ex., *Recurso Inominado* n. 0029251-82.2014.8.21.9000, TJRS, 4a T. *Recurso Cível*, j. 19.09.2014).

En ce qui concerne la situation fiscale des géants d'Internet, vu le cadre complexe des impôts applicables aux services en ligne (OLIVEIRA, 2001, p. 146), on se limitera ici à remarquer que des organes du gouvernement brésilien se sont déjà montrés soucieux d'enquêter sur les montages fiscaux adoptés par des géants d'Internet comme *Google* et *Facebook* (DIAS, 2014).

**- 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 ?**

Au Brésil, la compétence pour juger les cas d'abus de pouvoir économique appartient au Conseil Administratif pour la Défense de l'Économie (CADE). En 2013, le CADE a ouvert trois procédures administratives d'enquête sur des possibles pratiques

anticoncurrentielles qui auraient été adoptées par Google Inc. et par Google Brésil Internet Ltda. Ces trois procédures concernent l'existence ou non de pratiques qui privilégient certains résultats du moteur de recherche et qui visent également à restreindre l'accès à des annonces contenant des photos (08012.010483/2011-94) ; l'utilisation des méthodes de capture des données d'écran (« data *scraping* ») (08700.009082/2013-03) ; l'imposition de limites à l'usage du mécanisme publicitaire Google AdWords (08700.005694/2013-19). Ces procédures sont encore en cours au sein du CADE.

**- 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 ?**

Il n'existe pas en droit brésilien de règles spécifiques concernant l'usage des écosystèmes fermés ou semi-fermés par des grands acteurs d'Internet. Cela n'a cependant pas empêché l'émergence de débats sur ce thème, notamment à l'occasion de la mise à la disposition du public de l'application *Tidal* par *Apple Store*. S'agissant éventuellement d'hypothèses de concurrence déloyale, ces questions pourront faire un jour l'objet d'un jugement du CADE.

**- 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...)**

Comme mentionné plus haut (II, 1ère question), le Code de la consommation brésilien (Loi n° 8.078 de 1990) s'applique aux contrats passés avec les grands acteurs d'Internet, même lorsqu'il s'agit d'un contrat supposé à titre gratuit. Le Code de la consommation brésilien propose un large éventail de règles protectrices des consommateurs dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Ces règles assurent une protection importante de l'internaute dans les contrats passés avec les grands acteurs d'Internet, où « un simple geste sur le clavier signifie acceptation ; [et où] la simple poursuite d'une navigation virtuelle sur des images, sons et quelques mots signifie une déclaration de volonté tacite » (MARQUES, 2011, p. 17).

Parmi ces règles, citons notamment le droit du consommateur à avoir des informations adéquates et claires (art. 6, III) et sa protection contre la publicité mensongère et abusive, contre les méthodes commerciales coercitives ou déloyales et contre les pratiques et clauses abusives (art. 6, IV). Parmi les pratiques abusives énumérées – sans caractère limitatif – par le Code de la consommation, on trouve par exemple la vente liée, l'envoi d'un produit qui n'a pas fait l'objet de l'acte d'achat et, plus généralement, le fait de profiter de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur (art. 39). Le Code

de la consommation présente également des exemples de clauses réputées abusives. C'est le cas de clauses qui limitent ou exonèrent la responsabilité du fournisseur de biens ou services, qui retirent du consommateur le droit de se faire rembourser ou encore qui créent des obligations réputées inégales, abusives ou qui placent le consommateur dans une situation de désavantage exagérée, ou incompatibles avec la bonne foi ou l'équité (art. 51). Par ailleurs, le Code de la consommation prévoit, en matière de contrats passés entre absents, un droit de repentir au bénéfice du consommateur, dans un délai de sept jours (art. 49).

### **III – MONDIALISATION, INTERNET ET LES DIFFICULTES DE LA REPRESSION DES PRATIQUES ILLICITES**

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

En droit brésilien, le « Statut de l'enfant et de l'adolescent » (Loi n° 8.069 de 1990) établit un ensemble de règles concernant les crimes de pédophilie qui incluent, depuis une réforme de 2008, la pédophilie sur internet. Selon l'article 241-A, toute action « d'offre, d'échange, de mise à la disposition, de transmission, de diffusion, de publication ou de divulgation par tout moyen, y compris des systèmes informatiques ou télématiques, d'une photographie, d'une vidéo ou de tout autre enregistrement contenant des scènes de sexe explicite ou de pornographie concernant un enfant ou un adolescent » est punie d'une peine de « réclusion de trois à six années et d'une amende ».

Les mêmes sanctions sont applicables à toute personne qui « assure les moyens ou services de stockage des photographies, scènes ou images » mentionnées ci-dessus (art. 241-A, §1, I) ; et à celle qui « assure, par tout moyen, l'accès via réseau d'ordinateurs aux photographies, scènes ou images » susmentionnées (art. 241-A, §1, II). Avant que toute mesure pénale puisse être prise à leur encontre, le fournisseur du service concerné par ces informations doit être notifié afin de supprimer immédiatement le matériel pédophile en cause (SILVA, 2012, p. 250).

Le Statut de l'enfant et de l'adolescent prévoit par ailleurs une peine de réclusion d'un à quatre ans et une amende dans le cas « d'acquisition, possession ou stockage, par tout moyen, d'une photographie, d'une vidéo ou de tout autre enregistrement qui contient des scènes de sexe explicite ou de pornographie concernant un enfant ou un adolescent » (art. 241-B).

Également, le Statut de l'enfant et de l'adolescent prévoit une peine de réclusion d'un à trois ans et une amende dans le cas de « simulation de la participation d'un enfant ou d'un adolescent à une scène de sexe explicite ou de pornographie moyennant le

changement, l'édition ou la modification de la photographie de la vidéo ou de toute autre moyen de représentation visuelle » (art. 241-C).

Au-delà de ce cadre légal, il convient de signaler que l'accès et le téléchargement d'images à contenu pornographique portant sur des mineurs n'est pas une conduite prévue par la loi pénal. Néanmoins, « lorsque l'agent achève le téléchargement, il en acquiert la possession, de sorte que, s'il ne détruit pas immédiatement l'archive, le crime prévu par l'article 241-A de l'ECA a lieu » (DAVID, 2013, p. 8).

Finalement, s'agissant de pornographie infantile moyennant une représentation figurée – à l'image des *mangas*, des dessins animés et des jeux vidéos (comme *Second Life*) – on peut constater au Brésil une tendance à leur pénalisation moyennant l'application élargie des règles concernant la pédophilie, selon un raisonnement qui est néanmoins susceptible de porter atteinte à la liberté d'expression (SILVA, 2012, p. 258).

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

En droit brésilien, le crime de racisme fait l'objet d'une législation spécifique (Loi n° 7.718 de 1989). Par ailleurs, le Code pénal brésilien considère le caractère raciste d'un propos comme une circonstance aggravante du délit d'injure publique (art. 140, §3). Ces règles s'appliquent à toute personne qui publie des propos racistes sur Internet, pratique constatée récemment à l'encontre de certaines personnalités brésiliennes, notamment acteurs de feuilletons télévisés (*telenovelas*), et largement rapportée par la presse.

En ce qui concerne les propos haineux sur Internet (*hate speech*) le *Supremo Tribunal Federal* (cour suprême compétente notamment pour veiller à l'application de la Constitution par les tribunaux) a eu l'occasion d'affirmer que le crime de racisme est une limite qui s'impose à la liberté d'expression (HC n. 82424), ce qui peut avoir une application importante concernant les messages et d'autres textes publiés sur Internet.

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

Au cours des dernières années, on constate au Brésil des efforts du législateur et des tribunaux afin de rendre le droit brésilien plus efficace en matière de crimes sur Internet. D'autres mesures pourraient néanmoins contribuer à améliorer son efficacité, comme une plus grande spécialisation technique des agents des pouvoirs publics et des forces de l'ordre en matière cybernétique. On pourrait penser également à la création des mécanismes de contrôle des établissements commerciaux donnant accès à Internet (*lan houses*), matière qui fait d'ailleurs l'objet d'un projet de loi (PLS n. 296/08). Finalement, il faudra trouver des moyens pour accélérer la réponse des fournisseurs de

connexion ou de services d'application aux demandes faites par les autorités publiques, afin d'empêcher par exemple que l'auteur d'un crime sur Internet n'ait le temps de changer son adresse IP pour poursuivre son activité criminelle (DAVID, 2013, p. 11).

**- Votre pays met-il en avant la *soft law*, l'autorégulation pour lutter contre de telles infractions ?**

Le droit brésilien n'admet pas que des instruments de *soft law* ou d'autorégulation aient force de loi en matière pénale. En dehors du cadre du droit pénal, le *Coneslho Nacional de Autorregulamentação*, une organisation non-gouvernementale, établit des règles concernant des pratiques publicitaires abusives qui peuvent être appliquées dans l'environnement digital d'Internet et qui peuvent imposer, le cas échéant, des sanctions.

**- Existe-t-il des lois d'exception permettant de requérir le transfert des données par les acteurs d'internet aux autorités nationales ?**

Selon le *Marco Civil da Internet* (Loi n. 12.965, 2014) « dans le but de constituer une preuve dans une procédure judiciaire civile ou pénale, toute personne intéressée peut demander au juge, moyennant demande faite dans le cadre d'une instance ou par demande autonome, une injonction permettant l'accès aux registres de connexion ou aux registre d'accès à des applications d'Internet, donnée à l'encontre du responsable de leur stockage » (art. 22). Cette demande doit être « fondée sur des indices de l'existence d'un acte illicite », elle doit comporter la « justification de l'utilité des registres demandés » et indiquer « la période au cours de laquelle les registres demandés ont été établis » (art. 22, par. unique).

Le *Marco Civil da Internet* établit, par ailleurs, que « le juge doit prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la confidentialité des informations reçues, ainsi que l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image de l'utilisateur, et qu'il a le droit d'ordonner le secret de justice » (art. 23).

#### **IV – MONDIALISATION, INTERNET ET LES NOUVELLES OPPORTUNITES**

**- Votre droit a-t-il une réglementation spéciale des jeux en ligne ?**

En droit brésilien, l'article 50 de la Loi sur les contraventions pénales (Décret-loi n° 3.688 de 1941) interdit la pratique des jeux de hasard, ainsi définis : « le jeu où le gain et la perte dépendent exclusivement ou principalement de la chance ; les paris sur des courses de chevaux en dehors d'un hippodrome ou d'un autre lieu où celle-ci est autorisée ; les paris concernant toute autre compétition sportive » (art. 50, §3).

L'interdiction concerne « la mise en place et l'exploitation des jeux de hasard dans des lieux publics ou accessibles au public, que l'on puisse y accéder gratuitement ou moyennant paiement » (art. 50).

Il convient d'interpréter ces règles, formulées en 1941, de sorte à faire rentrer dans son champ tout établissement qui héberge ou exécute des jeux de hasard, y compris « les sites Internet qui mettent en ligne ce type de jeux » (FABIO, 2012, p. 3).

Finalement, en ce qui concerne la pratique des jeux par des mineurs, le Statut de l'enfant et de l'adolescent (Loi n° 8.069 de 1990) établit que « les responsables des (...) maison de jeux, c'est-à-dire des établissements où l'on effectue des paris, de façon régulière ou éventuelle, doivent veiller à ce que l'entrée et la présence d'enfants et d'adolescents dans ses dépendances ne soit pas possible, cette interdiction devant y être affichée pour l'orientation du public » (art. 80). En raison de cette règle, les sites consacrés aux jeux en ligne au Brésil doivent afficher ladite interdiction et créer des mécanismes d'accès qui en limitent l'usage aux seules personnes majeures.

#### **- Votre droit a-t-il une réglementation spéciale du *crowdfunding* ? (financement participatif)**

Dans son état actuel, le droit brésilien n'a pas de règles spéciales concernant le *crowdfunding*, en dépit de l'usage de plus en plus fréquent de ce type de financement, notamment par des artistes et des petites entreprises.

Notons néanmoins que l'autorité brésilienne de marché, la *Comissão de Valores Mobiliários* (CVM), a l'intention de lancer en 2016 une consultation publique concernant la réglementation du *equity crowdfunding* (financement participatif par le biais de titres financiers) et des plateformes de *crowdfunding* sur Internet. En effet, l'établissement des règles plus spécifiques de la part de l'autorité brésilienne de marché pourrait contribuer au développement des pratiques de financement participatif permettant, par exemple, la participation des sociétés anonymes.

À l'heure actuelle, nonobstant l'absence de réglementation spéciale, les activités d'*equity crowdfunding* peuvent profiter de certaines règles établies par la CVM en faveur des petites et moyennes entreprises (sociétés à responsabilité limitée bénéficiant d'un régime tributaire spécifique, conditionné à un chiffre d'affaires annuel qui ne dépasse pas 3,6 millions de reals). Ainsi, les émetteurs de titres financiers d'un montant inférieur à R\$ 2,4 millions par an sont exemptés d'élaborer un prospectus ainsi que de fournir des informations périodiques sur ses activités.

#### **- Votre droit a-t-il plus généralement une réglementation de l'économie de partage que permet Internet ? Exemple Blablacar (covoiturage facilité par Internet).**



Dans son état actuel, le droit brésilien n'a pas de réglementation spécifique de l'économie de partage sur Internet. L'adoption d'une telle réglementation dans l'avenir devra surmonter les intérêts particuliers de certains secteurs de l'économie traditionnelle, actuellement aux mains d'un nombre limité de grandes entreprises.

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

*Exemple du monopole des taxis mis à mal par une application permettant de partager un véhicule contre un prix entre particuliers (Uberpop), ou de réserver les services d'un professionnel en passant par Internet, l'opérateur (Uber) prenant des commissions sur chaque opération.*

*Exemple des hôteliers qui supportent les charges des établissements ouverts au public et qui se voient concurrencés par des sites comme AirBnB qui permettent de louer un appartement ou une maison, sans que le loueur soit soumis aux mêmes exigences qu'un hôtel, etc.*

Il est probablement encore assez tôt pour dire que le droit brésilien a déjà « réagi » à des usages et applications Internet qui permettent la diversification de l'activité économique dans certaines activités, comme le font *Uber* et *AirBnB*. Néanmoins, leur utilisation de plus en plus répandue engendre déjà des débats importants au sein de la société civile, qui ont des conséquences sur le plan juridique.

Le principal exemple est effectivement *Uber*. Cette application a provoqué une réaction importante de la part des chauffeurs de taxis dans certaines villes brésiliennes, qui voient dans cette application une pratique de concurrence déloyale. En effet, les chauffeurs *Uber* ne payent pas tous les impôts et charges imposés aux chauffeurs de taxi dans l'exercice de leur activité. Dans ce contexte, certaines municipalités ont édicté des lois pour réglementer, voire même interdire, les applications de type *Uber*. Néanmoins, face à ces lois, on trouve également des décisions de justice en refusent la validité.

En ce qui concerne *AirBnB*, une loi fédérale (n° 8.245) établit depuis 1991 des règles concernant la location d'immeubles urbains sur tout le territoire national. Parmi ces règles, on trouve celles relatives aux locations saisonnières, soit les locations d'une durée pas supérieure à 90 jours (art. 48), ce qui est le cas pour la plupart des locations faites via *AirBnB*.

**Bibliographie :**

- ARAÚJO, Nadia. A proteção do consumidor nos contratos internacionais : necessidade de regulamentação específica se torna realidade no Brasil e demais países do MERCOSUL. Revista de Direito do Consumidor, v. 100, 2015.

- DIAS, Roberto. Gigantes da tecnologia tratam países como paraísos fiscais, diz ministro. *Folha de São Paulo*. Disponível em <<http://goo.gl/4c1i9j>>, acesso em 17.03.2016.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.
- DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. O sistema da privacidade e proteção de dados no marco civil da internet. In ARTESE, Gustavo (coord.). *Marco civil da internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.73-96.
- EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A.. A responsabilidade civil por ato ilícito no Direito Internacional Privado Contemporâneo: desafios do Direito de Danos num mundo globalizado. *Direitos Deveres*, v. 7, p. 311-323, 2008.
- FERNANDES, David Augusto. Pedofilia nas redes sociais. *Revista dos Tribunais*, v. 928, 2013.
- KUJAWSKI, Fabio Ferreira. A legalidade dos jogos on-line – um panorama legal e jurisprudencial. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 5, 2012.
- LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 27, jul./set. 2006, p. 211-219.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 34, abr./jun. 2008, p. 102 -124.
- MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, v. 2, 2011.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010.
- OLIVEIRA, Júlio Maria de. *Internet e competência tributária*. São Paulo: Dialética, 2001.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sergio. Responsabilidade Civil da Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. *Revista de Direito das Comunicações*, 2010, p. 80-98.
- TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, 2014, p. 77-96.
- SILVA, Camila Garcia. Pornografia simples e qualificada. *Revista de Ciências Penais*, v. 16, 2012.
- SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos: FDC, 2006.