



## **ÉVALUATION DE LA RÉGULATION EXISTANTE ET DES OPTIONS DE LA RÉGULATION CONCERNANT LES INTERMÉDIAIRES D'INFORMATION EN SUISSE**

Étude juridique réalisée à la demande de l'OFCOM par

Sylvain MÉTILLE,

Avec la collaboration d'Annelise ACKERMANN

Lausanne, le 30 octobre 2020

Sylvain Métille est docteur en droit et avocat associé au sein de l'Étude HDC. Il est Professeur associé, directeur de la Maîtrise universitaire en droit, criminalité et sécurité des technologies de l'information et membre de la Commission d'éthique de la recherche à l'Université de Lausanne, ainsi que responsable scientifique et chargé de cours à UniDistance. L'avis exprimé ici l'est à titre personnel.

## Table des matières

|                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| Abréviations                                                         | 5  |
| Bibliographie                                                        | 8  |
| Résumé                                                               | 12 |
| Zusammenfassung                                                      | 14 |
| 1. Introduction                                                      | 16 |
| 1.1. Mandat et contexte                                              | 16 |
| 1.2. Définitions                                                     | 16 |
| 1.2.1. Sphère publique                                               | 16 |
| 1.2.2. Intermédiaires d'information                                  | 18 |
| 2. État de la législation                                            | 20 |
| 2.1. Remarques préliminaires                                         | 20 |
| 2.2. Règles spécifiques applicables aux médias                       | 20 |
| 2.2.1. Notion de médias                                              | 20 |
| 2.2.2. Droit constitutionnel                                         | 22 |
| 2.2.3. Législation sur la radio et la télévision                     | 23 |
| 2.2.4. Droit de réponse                                              | 27 |
| 2.2.5. Punissabilité des médias                                      | 29 |
| 2.2.6. Droit mou                                                     | 32 |
| 2.3. Règles spécifiques applicables aux intermédiaires d'information | 34 |
| 2.3.1. En général                                                    | 34 |
| 2.3.2. Responsabilité                                                | 34 |
| 2.3.3. Législation sur la télécommunication                          | 39 |
| 2.4. Règles de droit commun                                          | 41 |
| 2.4.1. En général                                                    | 41 |
| 2.4.2. Protection de l'individu                                      | 41 |
| 2.4.3. Protection de la collectivité                                 | 51 |
| 2.4.4. Protection de l'État                                          | 59 |

|        |                                                           |    |
|--------|-----------------------------------------------------------|----|
| 2.4.5. | Violation de secrets                                      | 66 |
| 2.4.6. | Protection des mineurs                                    | 68 |
| 3.     | Appréciation et recommandations                           | 70 |
| 3.1.   | Appréciation générale                                     | 70 |
| 3.2.   | Difficultés de mise en œuvre                              | 72 |
| 3.3.   | Recommandations                                           | 74 |
| 3.3.1. | Importance des droits fondamentaux                        | 74 |
| 3.3.2. | Pas de loi spéciale pour les intermédiaires d'information | 76 |
| 3.3.3. | Cessation de l'atteinte                                   | 81 |
| 3.3.4. | Augmenter la transparence                                 | 83 |
| 3.3.5. | Augmenter le contrôle                                     | 87 |
| 3.3.6. | Soutenir les médias                                       | 88 |
| 3.3.7. | Sensibiliser le public                                    | 89 |
| 4.     | Conclusion                                                | 91 |

## **Abréviations**

|         |                                                                                                                      |
|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AIEP    | Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision                                           |
| Al.     | Alinéa(s)                                                                                                            |
| Art.    | Article(s)                                                                                                           |
| ATF     | Arrêt du Tribunal fédéral                                                                                            |
| CC      | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)                                                                       |
| CE      | Conseil de l'Union européenne                                                                                        |
| CO      | Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Code des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)                         |
| Consid. | Considérant(s)                                                                                                       |
| CourEDH | Cour européenne des droits de l'homme                                                                                |
| CP      | Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)                                                                     |
| Cst.    | Constitution fédérale                                                                                                |
| DETEC   | Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication                          |
| DFJP    | Département fédéral de justice et police                                                                             |
| Éd.     | Édition                                                                                                              |
| FF      | Feuille fédérale                                                                                                     |
| IA      | Intelligence artificielle                                                                                            |
| ICC     | International Chamber of Commerce                                                                                    |
| JAAC    | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération                                                      |
| JdT     | Journal des Tribunaux                                                                                                |
| LCart   | Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels, RS 251) |

|             |                                                                                                                                               |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LCD         | Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)                                                                      |
| LDA         | Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)                                                         |
| LDP         | Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS 161.1)                                                                         |
| Let.        | Lettre(s)                                                                                                                                     |
| LFML        | Loi fédérale sur l'aide aux médias en ligne (projet introduit par la Loi fédérale sur un train de mesures en faveur des médias, FF 2020 4441) |
| LHand       | Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, RS 151.3)            |
| LPD         | Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)                                                                         |
| LRTV        | Loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (RS 784.40)                                                                        |
| LSCPT       | Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 18 mars 2016 (RS 780.1)                               |
| LTC         | Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.10)                                                                                   |
| N / N. / n. | Note marginale                                                                                                                                |
| NetzDG      | Netzwerkdurchsetzungsgesetz                                                                                                                   |
| nLPD        | Nouvelle Loi fédérale sur la protection des données adoptée par le Parlement fédéral le 25 septembre 2020 (FF 2020 7397)                      |
| nLTC        | Nouvelle Loi sur les télécommunications adoptée par le Parlement fédéral le 22 mars 2019 (FF 2019 2585)                                       |
| OFCOM       | Office fédéral de la communication                                                                                                            |
| OFJ         | Office fédéral de la justice                                                                                                                  |
| OFS         | Office fédéral de la statistique                                                                                                              |
| OIT         | Organisation internationale du Travail                                                                                                        |
| OMS         | Organisation mondiale de la Santé                                                                                                             |

|         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ONU     | Organisation des Nations Unies                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| OST     | Ordonnance sur les services de télécommunication du 9 mars 2007 (RS 784.101.1)                                                                                                                                                                                                                                        |
| p.      | Page                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| pp.     | Pages                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| P-LPMFJ | Projet de loi fédérale sur la protection des mineurs en matière de films et de jeux vidéo (FF 2020 7999)                                                                                                                                                                                                              |
| RGPD    | Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données) |
| s.      | Et suivant(e)                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ss      | Et suivant(e)s                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| SSR     | Société suisse de radiodiffusion et télévision                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| TAF     | Tribunal administratif fédéral                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| TF      | Tribunal fédéral                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| TPF     | Tribunal pénal fédéral                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| UE      | Union européenne                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| UER     | Union Européenne de Radio-Télévision                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| UNESCO  | Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture                                                                                                                                                                                                                                             |

## Bibliographie

BARRELET Denis / WERLY Stéphane, *Droit de la communication*, Berne 2011 (cité : BARRELET / WERLY)

BESSON Michel / BOILLET Véronique, « The guarantee of political rights in view of misinformation : Is new regulation needed for Swiss referenda ? », in *Misinformation in referenda*, pp. 235 ss, Routledge 2021 (cité : BESSON / BOILLET)

BLUM Roger, « La régulation des médias en Suisse », in AIEP, *Entre liberté des médias et protection du public*, Berne 2014 (cité : BLUM)

BOUCHARDON Serge / CAILLEAU Isabelle, « Milieu numérique et « lettrés » du numérique », in *Le français aujourd'hui*, 2018/1, pp. 117-126 (cité : BOUCHARDON / CAILLEAU)

CERUTTI Davide / FRATTOLILLO Andrea, « Twitter, Facebook & Co – Plus média ou social ? », in *medialex* 07/20, 3 septembre 2020 (cité : CERUTTI / FRATTOLILLO)

CONSEIL FÉDÉRAL, Cadre juridique pour les médias sociaux, Rapport en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, Berne 2013, disponible à [https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/2013/10/rechtliche\\_basisfuersocialmediabericht\\_desbundesrates.pdf.download.pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/2013/10/rechtliche_basisfuersocialmediabericht_desbundesrates.pdf.download.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport médias sociaux)

CONSEIL FÉDÉRAL, Un cadre juridique pour les médias sociaux : nouvel état des lieux, Rapport complémentaire du 10 mai 2017, Berne 2017, disponible à [https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/informationsgesellschaft/social\\_media/social%20media%20bericht.pdf.download.pdf/rapport-media-sociaux-2017-FR.pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/informationsgesellschaft/social_media/social%20media%20bericht.pdf.download.pdf/rapport-media-sociaux-2017-FR.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport complémentaire médias sociaux)

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet du 11 décembre 2015, Berne 2015, disponible à <https://www.ejpd.admin.ch/dam/bj/fr/data/aktuell/news/2015/2015-12-110/ber-br-f.pdf.download.pdf/ber-br-f.pdf> (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport responsabilité)

CONSEIL FÉDÉRAL, Responsabilité pénale des prestataires et compétences de la Confédération en matière de poursuite des cyberinfractions, Berne 2008, disponible à <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/netzwerkkriminalitaet/ber-br-f.pdf> (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport responsabilité pénale)

CONSTANTIN Arnaud, *Le droit de réponse en ligne*, Zurich 2020 (cité : CONSTANTIN)

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010 (cité : CORBOZ)

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, Rapport de la commission d'experts « Cybercriminalité », Berne 2003, disponible à <http://www.esbk.admin.ch/content/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/netzwerkkriminalitaet/ber-netzwerkkrim-f.pdf> (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport Cybercriminalité)

DREYER Stephan / SCHULZ Wolfgang, Künstliche Intelligenz, Intermediäre und Öffentlichkeit, rapport à l'OFCOM du 20 mars 2019, disponible à [https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/elektronische\\_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/studie-kuenstliche-intelligenz-intermediaere-oeffentlichkeit.pdf.download.pdf/K%C3%BCnstliche%20Intelligenz,%20Intermedi%C3%A4re%20und%20%C3%96ffentlichkeit.pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/elektronische_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/studie-kuenstliche-intelligenz-intermediaere-oeffentlichkeit.pdf.download.pdf/K%C3%BCnstliche%20Intelligenz,%20Intermedi%C3%A4re%20und%20%C3%96ffentlichkeit.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport DREYER et SCHULTZ)

DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux*, Bâle 2018, (cité : DUBEY)

DUPUIS Michel et alii, *Petit Commentaire du Code Pénal*, Bâle 2017, (cité : Petit Commentaire du Code Pénal)

EQUEY David, *La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet*, thèse, Lausanne 2016 (cité : EQUEY)

FAVRE Christian / PELLET Marc / STOUDMANN Patrick, *Code pénal annoté*, Lausanne 2007/2011 (cité : Code pénal annoté)

GAZAGNE-JAMMES Valentin, « La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations », in *La Revue des droits de l'homme*, 17 | 2020, disponible à <http://journals.openedition.org/revdh/7908> (consulté le 8 octobre 2020), (cité : GAZAGNE-JAMMES)

GERBAULT Jeannine, « Littératie numérique », in *Recherches en didactique des langues et des cultures*, disponible à <http://journals.openedition.org/rdlc/3960> (consulté le 8 octobre 2020), (cité : GERBAULT)

GROUPE DE TRAVAIL INTERDÉPARTEMENTAL « INTELLIGENCE ARTIFICIELLE », Défis de l'intelligence artificielle, Rapport du groupe de travail interdépartemental « Intelligence artificielle » au Conseil fédéral, Berne 2019, disponible à [https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/fr/dokumente/2019/12/bericht\\_idag\\_ki.pdf.download.pdf/bericht\\_idag\\_ki\\_f.pdf](https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/fr/dokumente/2019/12/bericht_idag_ki.pdf.download.pdf/bericht_idag_ki_f.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Rapport GTI IA)

HOLZNAGEL Bernd / HEMMERT-HALSWICK Maximilian, « Securing rational discourse surrounding referenda in Germany », in *Misinformation in referenda*, pp. 150 ss, Routledge 2021 (cité : HOLZNAGEL / HEMMERT-HALSWICK)

LUBISHTANI Kastriot / FLATTET Maxime, « La démocratie directe face à la manipulation de l'information par des particuliers », *AJP/PJA* 7/2019 (cité : LUBISHTANI / FLATTET)

MACALUSO Alain / MOREILLON Laurent / QUELOZ Nicolas, *Commentaire Romand du Code pénal II, Art. 111-392 CP*, Bâle 2017 (cité : CR CP II – [AUTEUR])

MARTENET Vincent, « Judicial remedies in Switzerland », in *Misinformation in referenda*, pp. 132 ss, Routledge 2021 (cité : MARTENET)

MARTENET Vincent / HEINEMANN Andreas Heinemann, *Droit de la concurrence*, collection quid iuris ?, Zurich 2012 (cité : MARTENET / HEINEMANN)

MARTENET Vincent / PICHONNAZ Pascal, *Commentaire Romand de la Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017 (cité : CR LCD – [AUTEUR])

MARTENET Vincent / VON BÜREN Théophile, « L'information émanant des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote », ZSR 2013 I (cité : MARTENET / VON BÜREN)

MASMEJAN Denis, Débat public en ligne et protection des libertés de communication, Étude réalisée sur mandat de l'Office fédéral de la communication, Genève 2020, disponible à [https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/bakom/elektronische\\_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/studie-masmejan.pdf.download.pdf/Masmejan\\_OFCOMversiondef.pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/fr/dokumente/bakom/elektronische_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/studie-masmejan.pdf.download.pdf/Masmejan_OFCOMversiondef.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Étude MASMEJAN)

MÉTILLE Sylvain, « Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé – Suisse », Bruxelles 2018, disponible à [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_25D40801BCE2.P001/REF](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_25D40801BCE2.P001/REF) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : MÉTILLE, Sphère privée)

MEIER Philippe, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Stämpfli, Berne 2011, (cité : MEIER)

NEUBERGER Christoph, «Funktionale und defekte Öffentlichkeit in der Demokratie – Analyse und Anwendung am Beispiel der Schweiz Wissenschaftliche Studie im Auftrag des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM», Abteilung Medien, Berlin 2020, disponible à [https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/elektronische\\_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/analyse-und-anwendung-am-beispiel-der-schweiz.pdf.download.pdf/2020\\_Gut\\_BAKOM\\_Funktionale\\_und\\_defekte\\_%C3%96ffentlichkeit\\_Neuberg\\_er.pdf](https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/elektronische_medien/Zahlen%20und%20Fakten/Studien/analyse-und-anwendung-am-beispiel-der-schweiz.pdf.download.pdf/2020_Gut_BAKOM_Funktionale_und_defekte_%C3%96ffentlichkeit_Neuberg_er.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Analyse NEUBERGER)

PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédicte, *Commentaire Romand du Code civil I*, Bâle 2010 (cité : CR CC I – [AUTEUR])

ROUVINEZ Julien, *La licence des droits de la personnalité*, Bâle 2011 (cité : ROUVINEZ)

SCHÜRCH Simone, « La participation à une organisation criminelle d'un membre de l'Etat islamique », in : [www.lawinside.ch/465/](http://www.lawinside.ch/465/) (consulté le 8 octobre 2020)

STEINAUER Paul-Henri / FOUNTOULAKIS Christiana, *Droits des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014 (cité : STEINAUER / FOUNTOULAKIS)

SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Investigation of competition in digital markets*, Washington, D.C. 2020, disponible à [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf) (consulté le 13 octobre 2020), (cité : SUBCOMMITTEE)

SUSSER Daniel / ROESSLER Beate / NISSENBAUM Helen F., « Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World » in *Georgetown Law Technology Review* 1 (2019), disponible à <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3306006> (consulté le 8 octobre 2020), (cité : SUSSER / ROESSLER / NISSENBAUM)

TERCIER Pierre / AMSTUTZ Marc, *Commentaire Romand du Code des obligations II, Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur la fusion*, Bâle 2008 (cité : CR CO II – [AUTEUR])

UNIVERSITÉ DE ZURICH, *Annales 2019, Qualité des médias, Principaux constats, Suisse*, fög, Zurich 2019, disponible à [https://4a1cdf30-082d-4cd5-bb93-f7b4404b53ba.filesusr.com/ugd/5d43b7\\_4d165c58d2e44c2f88f6ac8f663b5dc1.pdf](https://4a1cdf30-082d-4cd5-bb93-f7b4404b53ba.filesusr.com/ugd/5d43b7_4d165c58d2e44c2f88f6ac8f663b5dc1.pdf) (consulté le 8 octobre 2020), (cité : Annales 2019)

WERLY Stéphane, « La jurisprudence marquante de l'AIEP », in *Plaidoyer, revue juridique et politique*, 4/20, pp. 38-42 (cité : WERLY)

WYLIE Christopher, *Mindf\*ck: Cambridge Analytica and the Plot to Break America*, 2019

## Résumé

La présente étude juridique fait partie de la recherche de l'OFCOM sur les « Intermédiaires et le public » et sera incluse dans le rapport de gouvernance qu'il soumettra au Conseil fédéral, en collaboration avec la Chancellerie fédérale. Elle examine comment les intermédiaires d'information sont réglementés en droit suisse dans les domaines qui concernent la sphère publique (2), puis évalue ces normes réglementaires et leurs éventuelles lacunes ou problèmes d'application et fait des propositions pour améliorer ces réglementations (3).

De manière générale, l'évaluation de la législation actuelle a montré que de nombreuses normes impératives s'appliquent aux intermédiaires d'information, y compris dans les domaines qui concernent la sphère publique (entendue ici comme la sphère sociale dans laquelle les citoyens échangent sur leurs préoccupations communes). Les intermédiaires d'information n'évoluent donc pas dans une zone de non-droit et il n'y a pas de lacunes systématiques.

La protection de l'individu en tant que tel est plutôt bien assurée, qu'il s'agisse d'atteintes à la personnalité, d'atteinte à la réputation, ou d'exposition à du contenu non sollicité. La protection de la société et de l'intérêt collectif est en revanche nettement moins bien encadrée. L'intérêt pour la société démocratique de pouvoir jouir d'une sphère publique qui fonctionne correctement et où des débats peuvent se dérouler librement n'est que peu protégé.

Cela s'explique par le fait que la sphère publique au sens précité n'est pas un bien juridiquement protégé en droit pénal, ni même ne correspond à une notion juridique clairement définie. Cela s'explique ensuite par le fait que le respect de la liberté d'expression, que l'État doit garantir et protéger, rend toute mesure de contrôle délicate. Une société démocratique a besoin d'un débat ouvert au sein de la sphère publique, c'est-à-dire un espace où chacun peut s'exprimer, y compris en énonçant des éléments qui pourraient déplaire à l'État. Une absence totale de mesures ne permettrait pas non plus de favoriser un débat démocratique sain.

La question de la responsabilité civile et pénale des médias sociaux, fournisseurs de services Internet et autres prestataires a été largement examinée et discutée en droit suisse au cours des dernières décennies. Cela s'applique aussi de manière satisfaisante aux intermédiaires d'information. Au niveau pénal, le régime actuel offre des moyens suffisants, notamment par le biais des règles en matière de complicité.

La situation est un peu plus compliquée du point de vue de la responsabilité civile puisqu'il est nécessaire d'identifier l'auteur pour pouvoir agir en justice. Il y a néanmoins une exception notable en matière d'atteinte à la personnalité car l'action en cessation peut être introduite contre tout participant. Les moyens civils en cessation du trouble pour protéger la sphère publique sont en revanche insuffisants et doivent être complétés.

Il est aussi recommandé d'introduire une obligation de renseigner pour identifier l'intermédiaire d'information, une obligation spécifique de transparence sur les modalités de sélection et de diffusion du contenu, et une obligation plus générale de publier un rapport régulier sur les contenus promus, supprimés, etc., ainsi que les critères utilisés. Parallèlement, des droits de contrôle étendus doivent être garantis aux utilisateurs, notamment pour leur permettre de renoncer à une pré-sélection personnalisée.

L'étude insiste finalement sur l'importance du soutien à la presse et de la sensibilisation aux risques de manipulations et de fausses informations.

## **Zusammenfassung**

Diese juristische Studie ist Teil der Forschungsarbeiten des BAKOM zum Thema "Intermediäre und Öffentlichkeit" und wird in den Governance-Bericht einfließen, den das BAKOM dem Bundesrat unter Mitarbeit der Bundeskanzlei vorlegen wird. Sie untersucht, wie die Intermediäre im Schweizer Recht in öffentlichkeitsrelevanten Bereichen geregelt sind (2), beurteilt diese Regulierungsnormen sowie allfällige Lücken oder Probleme bei deren Anwendung und macht Vorschläge zur Verbesserung dieser Normen (3).

Im Allgemeinen hat die Evaluierung der aktuellen Gesetzgebung gezeigt, dass viele verbindliche Normen für Intermediäre gelten, auch in Bereichen, die die Öffentlichkeit betreffen (hier verstanden als der soziale Bereich, in dem sich die Bürger über ihre gemeinsamen Anliegen austauschen). Intermediäre arbeiten also nicht in einer gesetzlosen Zone und es gibt keine systematischen Lücken.

Der Schutz des Individuums als solcher ist ziemlich gut gewährleistet, ob es sich nun um Persönlichkeitsverletzungen, Rufschädigung oder die Konfrontation mit unerwünschten Inhalten handelt. Der Schutz der Gesellschaft und des kollektiven Interesses ist dagegen viel weniger gut geregelt. Das Interesse der demokratischen Gesellschaft an einer gut funktionierenden Öffentlichkeit, in der Debatten frei stattfinden können, ist schlecht geschützt.

Der Grund dafür ist, dass die Öffentlichkeit im oben genannten Sinne weder ein strafrechtlich geschütztes Gut ist, noch auch nur einem klar definierten Rechtsbegriff entspricht. Der zweite Grund ist, dass die Achtung der Meinungsfreiheit, die der Staat garantieren und schützen muss, jede Kontrollmassnahme heikel macht. Eine demokratische Gesellschaft braucht eine offene Debatte im öffentlichen Raum, d.h. einen Raum, in dem jeder sich ausdrücken kann, auch durch die Angabe von Dingen, die dem Staat missfallen könnten. Ein völliges Fehlen von Massnahmen würde jedoch auch keine gesunde demokratische Debatte fördern.

Die Frage der zivil- und strafrechtlichen Haftung von Social Media, Internet Service Providern und anderen Anbietern wurde in den letzten Jahrzehnten im Schweizer Recht umfassend untersucht und diskutiert. Dies gilt in zufriedenstellender Weise auch für Intermediäre. Auf strafrechtlicher Ebene bietet das gegenwärtige Regime ausreichende Mittel, insbesondere durch die Vorschriften über die Mittäterschaft.

Etwas komplizierter ist die Situation unter dem Gesichtspunkt der zivilrechtlichen Haftung, da es notwendig ist, den Täter zu identifizieren, um rechtliche Schritte einleiten zu können. Es gibt jedoch eine bemerkenswerte Ausnahme in Bezug auf die Persönlichkeitsverletzung, da eine Unterlassungsklage gegen jeden Teilnehmer erhoben werden kann. Die zivilrechtlichen Mittel der einstweiligen Verfügung zum Schutz der Öffentlichkeit sind dagegen unzureichend und müssen ergänzt werden.

Empfohlen wird auch die Einführung einer Informationspflicht zur Identifizierung des Intermediärs, eine spezifische Verpflichtung zur Transparenz der Modalitäten der Auswahl und Verbreitung von Inhalten sowie eine allgemeinere Verpflichtung zur Veröffentlichung eines regelmässigen Berichts über die geförderten, gestrichenen usw. Inhalte sowie die verwendeten Kriterien. Gleichzeitig müssen den Nutzern weitgehende Kontrollrechte garantiert werden, insbesondere damit sie auf eine personalisierte Vorauswahl verzichten können.

Schliesslich betont die Studie die Bedeutung der Presseunterstützung und der Sensibilisierung für die Risiken von Manipulation und Fehlinformation.

## 1. Introduction

### 1.1. Mandat et contexte

- 1 Le rapport « Défis de l'intelligence artificielle » du groupe de travail interdépartemental « Intelligence artificielle »<sup>1</sup>, dont le Conseil fédéral a pris note le 13 décembre 2019, identifie les opportunités et les défis de l'IA dans tous les domaines de responsabilité de l'administration fédérale et examine les éventuels besoins d'action au niveau fédéral. Sur cette base, le Conseil fédéral a décidé de commander un rapport spécifique sur les activités des intermédiaires (d'information) dans le domaine de la formation de l'opinion et de la volonté populaires.
- 2 L'OFCOM, en collaboration avec la Chancellerie fédérale, soumettra d'ici le printemps 2021 un rapport sur la gouvernance au Conseil fédéral. La présente étude juridique fait partie de la recherche de l'OFCOM sur les « Intermédiaires et le public » et sera incluse dans le rapport de gouvernance mentionné ci-dessus.
- 3 Elle doit examiner comment les intermédiaires d'information sont réglementés en droit suisse dans les domaines qui concernent la sphère publique (2), évaluer ces normes réglementaires et leurs éventuelles lacunes ou problèmes d'application et faire des propositions pour améliorer ces réglementations (3).
- 4 Conformément à la demande de l'OFCOM, les aspects liés aux droits fondamentaux, à la protection des données et au droit d'auteur ne font pas partie de cette étude.

### 1.2. Définitions

#### 1.2.1. Sphère publique

- 5 La sphère publique dans la présente étude est entendue comme la sphère sociale dans laquelle les citoyens échangent sur leurs préoccupations communes<sup>2</sup>. Elle ne correspond pas exactement à la notion juridique de sphère publique traditionnellement opposée aux sphères privées et secrètes<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Rapport GTI IA.

<sup>2</sup> Rapport GTI IA, p. 74 ; Rapport DREYER et SCHULTZ, p. 6 ; Analyse NEUBERGER, pp. 13 ss.

<sup>3</sup> La sphère secrète ou intime bénéficie d'une protection absolue de l'art. 28 CC et il ne saurait y être porté atteinte d'aucune façon (CR CC I-JEANDIN art. 28 N 40 ; ROUVINEZ, n. 49, p. 15 ; STEINAUER / FOUNTOLAKIS, n. 537, p. 191 ; ATF 97 II 97, consid. 3). Elle englobe les faits et gestes qui, de par leur nature, sont soustraits à la connaissance d'autrui, à l'exception des personnes auxquelles ils ont été destinés ou spécialement confiés, comme le cas des informations liées

- 6 La sphère publique ne doit donc pas être comprise comme des informations dénuées de protection au sens du droit de la personnalité, mais bien plus comme un espace dans lequel des informations, des valeurs, des idées et des conceptions concernant la société sont diffusées et débattues<sup>4</sup>. Ainsi des informations relevant de la sphère privée (au sens juridique traditionnel) d'une personne peuvent être parfois discutées dans la sphère publique (au sens entendu par l'OFCOM et la présente étude).
- 7 Une société démocratique dépend donc d'une sphère publique qui fonctionne correctement en tant « qu'espace politique » de la société, où des débats sur ses valeurs et ses objectifs, ainsi que les possibilités et les moyens de les atteindre, peuvent se dérouler librement<sup>5</sup>.
- 8 Si les journaux, la radio et la télévision ont longtemps occupé la scène principale où pouvait se tenir et s'organiser le débat public, ils ont aujourd'hui perdu cette enviable position de « chiens de garde » ou *gatekeepers*<sup>6</sup>. La sphère publique est un préalable essentiel à la formation de l'opinion sur les questions politiques. Son façonnement s'est longtemps appuyé sur une structure plus ou moins stable de médias de masse (télévision, radio et presse écrite). Cette formation de la sphère publique par les médias de masse est régie par le cadre légal suisse général, complété par des codes de déontologie définis par la branche elle-même et appliqués par le Conseil suisse de la presse<sup>7</sup>. Ces

---

à la santé d'une personne. La sphère privée est également protégée par l'art. 28 CC, mais le caractère illicite d'une atteinte dépendra de l'existence d'un intérêt prépondérant (CR CC I-JEANDIN art. 28 N 41 ; ROUVINEZ, n. 50, p. 15 ; STEINAUER / FOUNTOLAKIS, n. 537, p. 191 ; ATF 97 II 97, consid. 3). Elle se compose d'événements ou d'informations qui ne ressortent pas de la vie intime, mais que chacun décide librement de ne partager qu'avec un nombre restreint de personnes en fonction des liens plus ou moins étroits qu'ils entretiennent, comme l'appartenance à une association. Finalement, la sphère publique se rapporte à tout ce qui ne ressort d'aucune des deux catégories précédentes, soit à des événements accessibles à la connaissance de tout un chacun et qui peuvent être divulgués sans autorisation, comme la profession d'une personne. La sphère publique n'est en principe pas protégée par l'art. 28 CC (CR CC I-JEANDIN art. 28 N 42 ; ROUVINEZ, n. 52, p. 16 ; STEINAUER / FOUNTOLAKIS, n. 537, p. 191). Voir également MÉTILLE, Sphère privée.

<sup>4</sup> Rapport GTI IA, p. 74.

<sup>5</sup> Rapport GTI IA, p. 74.

<sup>6</sup> Étude MASMEJAN, pp. 36-37.

<sup>7</sup> Le Code déontologique du Conseil suisse de la presse se compose de la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste et des Directives y relatives, et s'applique à tous les médias. Ces documents peuvent être consultés à : <https://presserat.ch/fr/>. Pour plus de détails, voir chapitre sur le droit mou (2.2.6).

règles connues, transparentes et négociables au sein de la société sont appliquées dans l'ensemble du secteur suisse des médias de masse<sup>8</sup>.

### 1.2.2. Intermédiaires d'information

- 9 Au cours des dix dernières années, le paysage des médias a profondément changé avec le développement de différents acteurs et de multiples offres en ligne qui ont modifié structurellement la formation traditionnelle de la sphère publique. Les moteurs de recherche<sup>9</sup>, les plateformes de réseaux sociaux<sup>10</sup>, les plateformes multimédias<sup>11</sup>, les services de *microblogging*<sup>12</sup> et les services de messagerie instantanée<sup>13</sup> sont des acteurs de plus en plus importants de la communication publique<sup>14</sup>. Il est souvent difficile de classer un service dans l'une ou l'autre catégorie en fonction de leurs développements rapides<sup>15</sup>.
- 10 Leur point commun est qu'ils ne produisent pas de contenus ou très peu, mais jouent le rôle d'intermédiaires entre les créateurs de contenus et les consommateurs. C'est pourquoi ces prestataires de services sont généralement dénommés intermédiaires d'information ou simplement intermédiaires<sup>16</sup>.
- 11 Ces intermédiaires d'information sélectionnent, hiérarchisent, filtrent, agrègent et diffusent l'information. Ils décident par exemple de ce que voient ou ne voient pas les utilisateurs<sup>17</sup>. Comme les médias de masse traditionnels, les intermédiaires d'information exercent donc eux aussi une influence sur la perception du monde, la formation de l'opinion et le comportement humain. Cependant, leurs logiques de sélection reposent sur des règles différentes, qui ne relèvent pas du

---

<sup>8</sup> Rapport GTI IA, p. 74.

<sup>9</sup> Par exemple Google, Bing, Yahoo, Qwant, search.ch, Swisscows, Baidu Tieba, Yandex.

<sup>10</sup> Par exemple Facebook, Xing, LinkedIn, V Kontakte, Diaspora, TikTok.

<sup>11</sup> Par exemple Youtube, Instagram, Dailymotion, Twitch, Tencent Video.

<sup>12</sup> Par exemple Twitter, Sina Weibo, Tumblr, Mastodon.

<sup>13</sup> Par exemple WhatsApp, Facebook Messenger, Snapchat, WeChat, Line.

<sup>14</sup> Rapport DREYER et SCHULTZ, p. 13 ; Rapport GTI IA, p. 74. Pour les différentes formes de médias sociaux, voir Rapport complémentaire médias sociaux, p. 7 et Étude MASMEJAN, pp. 5-7.

<sup>15</sup> Par exemple WeChat qui est une application de messagerie instantanée, mais qui permet entre autres aussi de faire des paiements et du *microblogging*.

<sup>16</sup> Rapport GTI IA, p. 74. ; DREYER et SCHULTZ, p. 13.

<sup>17</sup> Rapport DREYER et SCHULTZ, pp. 8 et 9.

journalisme et ne sont souvent pas transparentes. Il en découle des opportunités et des risques s'agissant des droits fondamentaux en matière de communication<sup>18</sup>.

- 12 Si les médias traditionnels décident et maîtrisent initialement le contenu qu'ils publient sur les réseaux sociaux, ce sont les réseaux sociaux qui décident néanmoins quel contenu est proposé à chaque internaute. Dans cette configuration dite de la « plateformisation » de l'information, l'internaute reste en dehors de l'environnement hiérarchisé et structuré d'un média traditionnel. L'information qu'il consomme est fragmentée et risque aussi d'être détachée de son contexte, et notamment d'un commentaire ou d'une analyse à laquelle elle était liée dans la démarche journalistique initiale<sup>19</sup>.
- 13 Les intermédiaires d'information (comme les médias de masse classiques) proposent pourtant des connaissances disponibles d'une manière qui peut être variée et objective en théorie, mais aussi partielle et erronée. Plus leur part sur le marché des utilisateurs est grande, plus l'influence (positive comme négative selon les cas) des intermédiaires d'information est importante. Parmi les principaux risques, on peut citer notamment la réduction de la diversité de l'offre d'informations mise à la disposition d'un utilisateur (présélection du contenu) et l'intervention directe dans la formation de l'opinion politique (publicités politiques ciblées anonymes, incitation au vote, etc.)<sup>20</sup>.
- 14 Comme nous le verrons, les intermédiaires d'information n'ont pas les mêmes obligations légales et déontologiques que les médias traditionnels. Ils n'ont pas non plus les mêmes objectifs, notamment commerciaux. Ils n'évoluent néanmoins pas pour autant dans une zone de non droit.

---

<sup>18</sup> Rapport GTI IA, p. 74.

<sup>19</sup> Étude MASMEJAN, p. 7.

<sup>20</sup> Rapport GTI IA, p. 75 et les références citées.

## **2. État de la législation**

### **2.1. Remarques préliminaires**

- 15 Il s'agit maintenant d'examiner comment les intermédiaires d'information sont réglementés en droit suisse dans les domaines qui concernent la sphère publique. Au vu du périmètre défini pour la présente étude, les aspects en lien avec les droits fondamentaux<sup>21</sup>, les domaines de la protection des données et du droit d'auteur ne sont pas traités. Outre la législation fédérale<sup>22</sup>, le droit mou (*soft law*) régulant les médias en Suisse sera aussi mentionné lorsque cela est nécessaire.
- 16 Les règles spécifiques applicables aux médias (2.2) et aux intermédiaires d'information (2.3) sont traitées en premier. Les normes plus générales, mais qui peuvent aussi concerner les intermédiaires d'information et le contenu qu'ils proposent sont ensuite traitées séparément selon qu'elles concernent : la protection de l'individu (2.4.2), de la collectivité (2.4.3), de l'État (2.4.4), la violations de secrets (2.4.5) et la protection des mineurs (2.4.6).

### **2.2. Règles spécifiques applicables aux médias**

#### **2.2.1. Notion de médias**

- 17 Un média est un service de communication de masse, géré par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, permettant d'atteindre simultanément par un procédé technique qui lui est propre un nombre étendu (voire incontrôlable) de destinataires en diffusant des informations identiques par le texte, l'image, le son, une combinaison de ces procédés ou tout procédé rendu possible par l'évolution de la technique. Le fait que cette activité soit exercée à titre principal ou secondaire ne joue aucun rôle déterminant, tout comme la gratuité ou non du produit médiatique considéré<sup>23</sup>.
- 18 Il n'y a pas en droit suisse de définition légale de la notion de média<sup>24</sup>, mais elle dépend des lois concernées. BARRELET / WERLY définissent par exemple les médias, dans le contexte du droit de réponse de l'art. 28g al. 1 CC, comme toute entreprise individuelle ou collective qui, par un procédé technique, diffuse simultanément des messages identiques à un nombre important de personnes. Le fait que cette activité s'exerce à titre principal ou accessoire ne joue aucun rôle. La notion de

---

<sup>21</sup> Bien que les droits fondamentaux ne soient pas traités, il est paru utile de faire référence à la jurisprudence pertinente de la CourEDH dans la mesure où elle s'avère nécessaire.

<sup>22</sup> Il s'agit en particulier des actes suivants : CP, CC, CO, LCD, LCart, LTC, LSCPT, LRTV, LFML, LDP, LHand, P-LPMFJ.

<sup>23</sup> CONSTANTIN, n. 233 et les références citées.

<sup>24</sup> CERUTTI / FRATTOLILLO, N. 19.

média ne suppose pas forcément un accès général, mais plutôt l'existence d'un public. Ce qui fait le public, c'est le nombre de personnes et l'absence de lien de confidentialité entre elles<sup>25</sup>.

- 19 Dans une analyse récente en matière constitutionnelle et pénale de la jurisprudence, CERUTTI / FRATTOLILLO exposent que, depuis l'apparition des réseaux/médias sociaux, plusieurs aspects juridiques ont été remis en cause, dont la définition de ce qu'il faut comprendre par « média ». Ils sont arrivés à la conclusion que des plateformes telles que Twitter et Facebook ne peuvent être considérées comme des médias au sens juridique du terme<sup>26</sup>.
- 20 Les médias traditionnels (radio, télévision et presse) proposent désormais presque tous une offre en ligne de leurs contenus, à côté de médias disponibles exclusivement en ligne. On peut mentionner les médias en ligne suivant :
- sites web dans la mesure où ils s'adressent à un nombre indéterminé de personnes<sup>27</sup> ;
  - blogs qui diffusent des informations régulières en s'adressant à un nombre étendu, indéterminé et non contrôlable d'abonnés<sup>28</sup> ;
  - journaux en ligne, que ce soit lorsqu'ils reprennent sous forme électronique la version papier d'un journal ou lorsqu'il s'agit de journaux uniquement numériques<sup>29</sup> ;
  - entreprises de radiotélévision ayant une présence en ligne par le biais du site web de leur chaîne ;
  - des entreprises n'ayant qu'une présence numérique pure et des plateformes de *streaming* vidéo<sup>30</sup> ;
  - messageries électroniques dans la mesure où le cercle des destinataires peut potentiellement échapper à un contrôle personnel ; en ce qui concerne les *newsletters*, c'est

---

<sup>25</sup> BARRELET / WERLY, N. 1679.

<sup>26</sup> CERUTTI / FRATTOLILLO, résumé.

<sup>27</sup> CONSTANTIN, n. 264 ss.

<sup>28</sup> CONSTANTIN, n. 267 ss.

<sup>29</sup> CONSTANTIN semble considérer, à tout le moins sous l'angle du droit de réponse, qu'il faut en plus que les lecteurs y aient accès librement et le plus souvent (au moins partiellement) gratuitement pour que le caractère de publicité soit rempli (CONSTANTIN, n. 279 ss).

<sup>30</sup> CONSTANTIN, n. 283.

le cas lorsque les destinataires ont souscrit un abonnement aux messages d'informations reçus à intervalles réguliers ou irréguliers et que l'inscription est ouverte inconditionnellement à toute personne<sup>31</sup> ;

- forums, dans la mesure où ils sont des sites web à part entière ou du moins une composante de ceux-ci et où retenir une solution différente que celle qui prévaut en matière de sites web ne se justifie pas<sup>32</sup> ;
- comptes des utilisateurs des réseaux sociaux, en ce sens que le titulaire a la possibilité de diffuser simultanément des informations identiques à un nombre incontrôlable de destinataires indépendamment du fait que l'information soit initialement destinée à un cercle relativement restreint ou non<sup>33</sup>.

- 21 De manière générale, les médias sociaux gagnent toujours plus en importance en ce qui concerne la formation de l'opinion publique. Cette évolution s'explique par le fait que la population (surtout les jeunes) s'informe de plus en plus par ce biais et que les médias de masse traditionnels reprennent de plus en plus des contenus publiés sur les médias sociaux. La frontière entre médias traditionnels et médias sociaux s'estompe<sup>34</sup>.
- 22 Il n'existe pas en Suisse une loi spécifique sur les médias qui définit spécifiquement les droits et les devoirs des journalistes. Le droit qui régit les médias est au contraire un droit transversal, c'est-à-dire qu'il comprend des normes appartenant à différents domaines juridiques, certaines appartenant au droit impératif, d'autres ressortant du droit mou.

### **2.2.2. Droit constitutionnel**

- 23 Du point de vue constitutionnel, il existe, en droit suisse, deux régimes de réglementation fondamentalement différents : d'un côté la radio et la télévision avec un statut juridique spécial, et d'un autre, la presse écrite<sup>35</sup>. Il n'y a pas de régime spécifique pour les intermédiaires d'information.
- 24 La Constitution fédérale garantit par exemple les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.), la liberté des médias (art. 17 Cst.) et la liberté de l'art (art. 21 Cst.). S'y ajoutent des garanties pour les personnes exerçant une activité médiatique, ou visées par celle-ci, comme la liberté individuelle

---

<sup>31</sup> En revanche, les *newsletters* envoyées à un cercle connu, déterminé et clairement circonscrit de destinataires doivent être qualifiées de transmissions d'informations purement internes (CONSTANTIN, n. 288 ss).

<sup>32</sup> CONSTANTIN, n. 298.

<sup>33</sup> CONSTANTIN, n. 309.

<sup>34</sup> Rapport complémentaire médias sociaux, p. 2.

<sup>35</sup> Voir à ce sujet Étude MASMEJAN, pp. 7-23.

(art. 10 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) et la garantie de la propriété (art. 26 Cst.).

- 25 La liberté des journalistes n'est ainsi pas absolue, puisqu'elle est restreinte par les libertés individuelles. Les journalistes bénéficient néanmoins de quelques droits privilégiés au niveau de la loi. C'est le cas par exemple de la protection des sources, inscrite dans le Code pénal (art. 28a CP) ou de possibilités plus larges de refuser un droit d'accès aux données personnelles (art. 10 LPD).
- 26 D'autres dispositions ou lois, comme l'art. 93 Cst. ou la LRTV<sup>36</sup>, prévoient des obligations pour les professionnels des médias, comme celle de présenter fidèlement à la radio et à la télévision les événements et de respecter les dispositions légales des programmes (par exemple les exigences minimales quant au contenu, l'indépendance de la réalisation, etc.) et les interdictions publicitaires.
- 27 MASMEJAN exclut pour des raisons constitutionnelles toute idée d'étendre aux intermédiaires d'information une obligation de « refléter équitablement la diversité des opinions » comme celle imposée à la radio et à la télévision par l'art. 93 al. 2 Cst.<sup>37</sup>.

### **2.2.3. Législation sur la radio et la télévision**

- 28 La notion de radio et télévision repose sur l'existence d'un programme destiné au public et plus précisément sur la préparation du contenu en vue de faciliter sa consommation régulière par le public. Cette préparation se fera sous forme de sélections, de résumés, de mises en perspective, de dosage des divers éléments, de présentations optiques et sonores destinées à agrémenter la consommation et à fidéliser le public. La communication est à sens unique dans la mesure où le spectateur n'a pas la possibilité de modifier les éléments qui lui sont soumis<sup>38</sup>.
- 29 La diffusion, le conditionnement technique, la transmission et la réception des programmes de radio et télévision sont régis par la LRTV. Selon son art. 3, quiconque veut diffuser un programme suisse doit l'annoncer au préalable à l'OFCOM ou être titulaire d'une concession au sens de la LRTV. La loi contient des principes applicables au contenu des programmes. Les exigences minimales (art. 4) sont notamment le respect des droits fondamentaux<sup>39</sup>, la présentation des événements de manière fidèle et l'identification des vues personnelles et des commentaires comme tels. La protection des mineurs est ancrée à l'art. 5 LRTV qui dispose que les diffuseurs veillent à ce que les mineurs ne

---

<sup>36</sup> Voir chapitre sur la législation sur la radio et la télévision (2.2.3).

<sup>37</sup> Étude MASMEJAN, p. 26.

<sup>38</sup> BARRELET / WERLY, N. 234.

<sup>39</sup> L'art. 4 al. 1 LRTV dispose que « Toute émission doit respecter les droits fondamentaux. Elle doit en particulier respecter la dignité humaine, ne pas être discriminatoire, ne pas contribuer à la haine raciale, ne pas porter atteinte à la moralité publique et ne pas faire l'apologie de la violence ni la banaliser. »

soient pas exposés à des émissions susceptibles de porter préjudice à leur épanouissement physique, psychique, moral ou social, en fixant l'horaire de diffusion de manière adéquate ou en prenant d'autres mesures.

- 30 La diversité de l'offre et des opinions est considérée comme mise en péril lorsqu'un diffuseur abuse de sa position dominante sur le marché ou si un diffuseur ou une autre entreprise active sur le marché de la radio et de la télévision abuse de sa position dominante sur un ou plusieurs marchés liés aux médias (art. 74 LRTV). La Commission de la concurrence est consultée sur cette question et applique les principes relevant du droit des cartels.
- 31 L'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) traite des plaintes contre des diffuseurs suisses de radio et de télévision et contre les autres services journalistiques de la SSR. Elle traite également des plaintes contre le refus d'accorder l'accès aux programmes de la radio et de la télévision suisse et aux autres services journalistiques de la SSR. En tant que commission extraparlamentaire de la Confédération, l'AIEP examine, dans une procédure en principe gratuite, si les dispositions du droit des programmes ont été violées. Elle a ainsi à évaluer entre la liberté des médias et la protection du public. Les organes de médiation interviennent préalablement dans la procédure devant l'AIEP<sup>40</sup>. L'AIEP se penche par exemple sur le respect de l'art. 4 al. 2 LRTV qui impose une présentation fidèle des événements. Elle examinera si le public a pu se faire l'idée la plus juste possible des faits ou d'un sujet et s'il est à même de se forger son propre avis. Les auditeurs et les téléspectateurs doivent pouvoir reconnaître les commentaires sujets à controverse. Pour que le public soit en mesure de se forger sa propre opinion, le diffuseur doit respecter les devoirs essentiels de la déontologie journalistique, parmi lesquels figurent notamment l'équité, la transparence et l'impartialité<sup>41</sup>.
- 32 Les règles sur la radio et la télévision revêtent une importance particulière, dans la mesure où les médias exercent une influence considérable dans le processus de formation de l'opinion des citoyens. L'AIEP a donné à l'art. 4 LRTV une portée plus importante pour les émissions diffusées peu avant la tenue d'un scrutin. Durant ce laps de temps, l'AIEP affirme que les journalistes sont tenus plus strictement de refléter équitablement la diversité des opinions. L'autonomie et la marge d'appréciation des journalistes dans la conception des programmes sont ainsi restreintes. Le diffuseur doit également faire preuve d'une plus grande objectivité, s'abstenant de présenter des

---

<sup>40</sup> Description se trouvant sur le site web de la Confédération : <https://www.ubi.admin.ch/fr/aiep-page-daccueil/>.

<sup>41</sup> WERLY, p. 39.

faits inexacts et trompeurs avant le scrutin, ce qui pourrait constituer une atteinte à la liberté de vote<sup>42</sup>.

- 33 Un avant-projet de loi fédérale sur les médias électroniques a été mis en consultation en 2018<sup>43</sup>. Ce projet visait prioritairement à soutenir des contenus qui satisfont aux exigences d'un journalisme de qualité proposés par la radio, la télévision ainsi que les médias en ligne. Les buts visés par cet avant-projet étaient le service à la société, le pluralisme, la portée (public cible), la prise en considération des intérêts des entreprises de médias ne bénéficiant pas d'aide et l'indépendance des programmes de médias vis-à-vis de l'État<sup>44</sup>.
- 34 Durant la consultation, ce projet a suscité des avis très divergents. Son manque d'ambition en comparaison avec ce qui est fait au niveau européen a aussi été reproché. Le Conseil fédéral a alors renoncé à proposer une telle loi au Parlement fédéral pour se concentrer sur des mesures de soutien aux médias<sup>45</sup>.
- 35 Des mesures de soutien efficaces et rapidement réalisables en faveur des médias pour encourager une offre diversifiée dans les régions étant néanmoins nécessaires, le Conseil fédéral a décidé de soutenir les médias par un train de mesures et a proposé la Loi fédérale sur un train de mesures en faveur des médias<sup>46</sup>. Cette loi modifie notamment quelques dispositions de la LRTV et introduit une nouvelle Loi fédérale sur l'aide aux médias en ligne (LFML) pour permettre à l'OFCOM d'accorder des soutiens financiers aux médias électroniques.
- 36 Les modifications de la LRTV prévoient notamment le financement de la formation (art. 76), de prestations d'agences (art. 76b), ainsi que le développement et, temporairement, l'exploitation d'infrastructures numériques innovantes (art. 76c). En effet, la numérisation a aboli les frontières

---

<sup>42</sup> MARTENET / VON BÜREN, pp. 79-82.

<sup>43</sup> Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation est disponible à : <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/consultations/consultation-sur-la-nouvelle-loi-sur-les-medias-electroniques.html>.

<sup>44</sup> Consultation : Projet de nouvelle loi sur les médias électroniques, Rapport explicatif, juin 2018, DETEC, pp. 12-13.

<sup>45</sup> Voir le communiqué de presse du 28.08.2019 sur le site de l'OFCOM : <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/informations-de-l-ofcom/communiqués-de-presse/msg-id-76208.html>.

<sup>46</sup> FF 2020 4441. Actuellement en mains du Parlement fédéral où les chambres fédérales semblent avoir des difficultés à trouver un accord (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20200038>).

entre les fournisseurs de contenus de médias, les exploitants d'infrastructures et les utilisateurs. Elle a entraîné une multiplication des offres et une fragmentation de l'utilisation des médias<sup>47</sup>.

- 37 À noter encore que le projet parle de médias électroniques pour la modification de la LRTV et de médias en ligne pour la LFML, étant précisé que sont des médias en ligne les médias disponibles à la demande sous forme électronique<sup>48</sup>.
- 38 Les modifications proposées de la LRTV comme le projet de LFML n'imposent pas de règles en tant que telles à l'attention des médias en ligne ou des intermédiaires d'information. Le Conseil fédéral relève pourtant que la visibilité et la repérabilité des contenus ou des marques de médias spécifiques sont devenues plus difficiles. Avec des intermédiaires comme Google et Facebook, de puissants groupes internationaux sont actifs dans le secteur des médias et peuvent exercer une influence marquée sur l'offre et l'utilisation des médias en recourant à des algorithmes. En raison de leur position forte sur le marché publicitaire, ils mettent les fournisseurs de médias classiques sous pression, en particulier la presse écrite<sup>49</sup>.
- 39 Dans le message qui accompagne le projet de LFML, il est repris des recommandations du Conseil de l'Europe que les intermédiaires qui influencent le marché et le pluralisme des médias en contrôlant la distribution des contenus de médias en ligne ou par des décisions de type rédactionnel sont également considérés comme des médias en ligne<sup>50</sup>.
- 40 Au niveau européen, un cadre pour les services de médias audiovisuels transfrontières a été mis en place afin de renforcer le marché intérieur de production et de distribution des programmes et de garantir des conditions de concurrence loyale. Il s'agit de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »). Cette dernière pose

---

<sup>47</sup> Message sur le train de mesures en faveur des médias du 29 avril 2020, FF 2020 4421.

<sup>48</sup> Art. 1 al. 1 LFML. Le terme « médias en ligne » inclut un large éventail d'acteurs impliqués dans la production et la diffusion de contenus de médias en ligne. Le respect des devoirs de diligence journalistique est l'un des nombreux critères permettant d'établir quels fournisseurs sont considérés comme des médias en ligne. Les intermédiaires qui influencent le marché et le pluralisme des médias en contrôlant la distribution des contenus de médias en ligne ou par des décisions de type rédactionnel sont également considérés comme des médias en ligne (FF 2020 4415s).

<sup>49</sup> Message sur le train de mesures en faveur des médias du 29 avril 2020, FF 2020 4421.

<sup>50</sup> Message sur le train de mesures en faveur des médias du 29 avril 2020, FF 2020 4385 ; Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe CM/Rec (2011)7 sur une nouvelle conception des médias du 21 septembre 2011.

le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les principes fondamentaux d'un paysage audiovisuel européen sûr, pluraliste et ouvert.

- 41 La directive 2010/13/UE « Services de médias audiovisuels » a été révisée et modifiée par une nouvelle directive 2018/1808 le 14 novembre 2018<sup>51</sup>. Son art. 28<sup>bis</sup> prévoit l'application de certaines dispositions d'une directive 2000/31/CE sur le commerce électronique<sup>52</sup> aux services de plateformes de partage de vidéos. Il s'agit notamment des cas dans lesquels les prestataires intermédiaires ne devraient pas être tenus pour responsables, notamment en cas de simple transport, de stockage automatique, intermédiaire et temporaire, ainsi que d'hébergement.
- 42 L'UER, qui représente les médias de services publics, souligne les principes fondamentaux d'un paysage audiovisuel sûr, pluraliste et ouvert. Il s'agit notamment d'une forte visibilité sur toutes les plateformes, de la protection de l'intégrité des contenus, de plus d'équité au sein du secteur, ainsi que des contenus sûrs et accessibles. Dans ce cadre, l'UER souligne l'importance de définir des règles applicables aux intermédiaires, afin que les contenus à valeur publique restent visibles et facilement accessibles, que les programmes ne soient pas modifiés, interrompus ou superposés à des fins commerciales par les intermédiaires seuls, ainsi que de s'assurer que les contenus audiovisuels ne comportent pas d'incitation à la haine fondée sur la race, l'orientation sexuelle, la religion ou la nationalité<sup>53</sup>.

#### **2.2.4. Droit de réponse**

- 43 Une protection particulière de l'individu est instaurée aux art. 28g ss CC avec le concept du droit de réponse aux médias. Un droit de réponse est donné à celui qui est directement touché dans sa personnalité par la présentation que font des médias à caractère périodique, notamment la presse, la radio et la télévision, de faits qui le concernent.

---

<sup>51</sup> Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché.

<sup>52</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

<sup>53</sup> Informations disponibles sur le site web de l'UER : <https://www.ebu.ch/fr/legal-policy/avmsd>.

- 44 Il permet à la personne mise en cause d'accéder au média afin de diffuser sa propre version de l'histoire et ainsi de restaurer une certaine « égalité des armes »<sup>54</sup>. En effet, il donne à la personne concernée le droit de faire valoir devant le même public et par le même canal sa propre version des faits. Une information est ainsi opposée à une autre information<sup>55</sup>.
- 45 Le droit de réponse ne s'applique qu'aux médias à caractère périodique ; c'est-à-dire ceux dont les diffusions sont régulières. Pour que le droit de réponse ait un sens, il faut qu'il soit possible d'atteindre par les mêmes voies les personnes qui ont eu connaissance de l'allégation incriminée. Cela n'est possible qu'avec les médias à caractère périodique<sup>56</sup>.
- 46 Le Code civil ne parle pas seulement « de presse, de radio et de télévision », mais adopte le terme plus général de « médias ». Le législateur le justifie, d'une part, parce qu'il n'est pas exclu que le droit de réponse puisse être appliqué à d'autres médias qui ne correspondent pas nécessairement à la définition ordinairement donnée à la presse, à la radio et à la télévision, et, d'autre part, en raison de l'évolution que prendront les médias, évolution qui pourrait amener des formes nouvelles en dehors de la presse, de la radio et de la télévision<sup>57</sup>.
- 47 L'art. 28g CC est assez large et n'exclut pas des moyens moins traditionnels. Il peut s'agir de services d'informations par téléphone, de journaux sur écran, du télétexte, ou sur le web, du moins lorsqu'ils visent à refléter l'actualité et qu'ils sont mis à jour avec une régularité connue du public. Il est douteux que les groupes de discussion en fassent partie.<sup>58</sup>
- 48 Le droit de réponse peut donc trouver application pour les médias en ligne, à condition que la notion de périodicité soit remplie. Si le caractère périodique du média n'est pas reconnu, par exemple en matière de banque de données électroniques ou de distribution publicitaire par courriel, le droit de répondre fait défaut<sup>59</sup>. Peuvent être considérés comme des médias à caractère périodique, les blogs publics et les sites web maintenus régulièrement ; les journaux, revues et magazines en ligne ; la radio et la télévision en ligne ; les *newsletters* ; les forums de discussion ; les sites de *microblogging*

---

<sup>54</sup> CONSTANTIN, n. 174.

<sup>55</sup> FF 1982 II 672.

<sup>56</sup> FF 1982 II 696.

<sup>57</sup> FF 1982 II 696.

<sup>58</sup> BARRELET / WERLY, N. 1683.

<sup>59</sup> CONSTANTIN, n. 348.

et les réseaux sociaux<sup>60</sup>. En Suisse, le champ d'application du droit de réponse est très large et s'applique aussi au droit de réponse en ligne<sup>61</sup>.

#### 2.2.5. Punissabilité des médias

- 49 La responsabilité pénale (ou punissabilité) des médias fait l'objet d'un traitement particulier avec un système de responsabilité en cascade (art. 28 et 322<sup>bis</sup> CP). En principe, seul l'auteur est punissable (art. 28 al. 1 CP). Lorsqu'une infraction a été commise sous forme de publication par un média, le responsable de la publication est punissable, à titre subsidiaire, s'il ne s'est pas opposé à la publication (intentionnellement ou par négligence) et que l'auteur ne peut pas être découvert<sup>62</sup> ou traduit en Suisse devant un tribunal (art. 28 al. 2 et 322<sup>bis</sup> CP). Cela suppose, sur le plan objectif, qu'une infraction ait été commise et consommée sous forme de publication par un média<sup>63</sup>.
- 50 La personne responsable de la publication est celle qui, au sein de l'entreprise de média, exerce effectivement une responsabilité la mettant en mesure d'exercer une surveillance et d'intervenir si nécessaire<sup>64</sup>. Celui qui se limite à distribuer dans le public un écrit constitutif d'une infraction comme le libraire, le kiosquier, le vendeur de journaux, le distributeur de tracts, le colleur d'affiches, le facteur, etc., ne saurait répondre à titre subsidiaire de l'infraction commise<sup>65</sup>. Le TPF a rappelé, dans une affaire de principe, que la protection des art. 17 Cst. et 28 CP était réservée « aux activités journalistiques propres à assurer une formation objective de l'opinion publique, par la diffusion d'informations ou d'opinions »<sup>66</sup>.
- 51 Certains auteurs considèrent pourtant que le fournisseur qui se borne à fournir l'accès à Internet est susceptible, si l'auteur ne peut pas être traduit devant un tribunal suisse, d'être subsidiairement responsable selon le droit pénal des médias, s'il a été clairement rendu attentif au contenu illégal du site par une autorité de poursuite pénale<sup>67</sup>. À notre avis, la responsabilité du fournisseur d'accès est

---

<sup>60</sup> CONSTANTIN, n. 347.

<sup>61</sup> CONSTANTIN, n. 178.

<sup>62</sup> Il ne suffit en outre pas que l'auteur soit inconnu, mais il faut au contraire qu'il ne puisse pas être découvert (Code pénal annoté, art. 28 n. 2.1).

<sup>63</sup> CR CP II-WERLY, art. 322<sup>bis</sup> N 3.

<sup>64</sup> Message concernant la modification du code pénal suisse du 17 juin 1996, FF 1996 IV 560.

<sup>65</sup> ATF 128 IV 53, consid. 5.

<sup>66</sup> Arrêt du TPF SK.2007.4 du 21 juin 2007, consid. 3, non publié au TPF 2008 80, cité par CERUTTI / FRATTOLILLO.

<sup>67</sup> Code pénal annoté, art. 28 n. 2.3.

peu probable. Il se contente de fournir un accès à l'information et ne distribue même pas l'information<sup>68</sup>.

- 52 Toutefois, le régime actuel de responsabilité pénale spéciale prévu par les art. 28 CP et 322<sup>bis</sup> CP est jugé par certains auteurs comme totalement inadapté à Internet. En effet, sur le web notamment, les circonstances sont totalement différentes de celles prévalant à l'égard des médias « traditionnels ». Il peut être souligné en particulier que la très grande majorité de ceux qui fournissent le contenu mettent des informations en ligne à disposition du public de manière autonome, sans l'intervention d'une rédaction, d'une autorité de contrôle, d'un imprimeur ou d'un éditeur. Il est donc difficile, voire impossible, de comparer le rôle du fournisseur d'hébergement et du fournisseur d'accès avec celui des prestataires des médias traditionnels tels la presse, la radio ou la télévision<sup>69</sup>.
- 53 Le régime particulier des art. 28 et 322<sup>bis</sup> CP ne concerne pas toutes les infractions, mais seulement les délits de médias, soit les infractions qui se concrétisent dans l'expression de la pensée<sup>70</sup>. Ainsi les représentations de la violence (art. 135 CP), la pornographie dure (art. 197 ch. 3 CP) et le négationnisme (art. 261<sup>bis</sup> al. 4 CP) ne comptent pas parmi les délits de médias : le législateur a ici voulu empêcher entièrement la publication de tels contenus (au travers ou non de médias), et pas mettre un groupe déterminé de responsables au bénéfice d'un régime de faveur<sup>71</sup>.
- 54 Dans le cadre de l'examen de la responsabilité du fournisseur de liens hypertextes, EQUEY est arrivé à la conclusion que ce prestataire de services n'était pas soumis au régime institué par les art. 28 et 322<sup>bis</sup> CP, car, sauf cas exceptionnels, il n'est pas partie au processus de publication dans la mesure où son action se restreint à l'insertion de liens qui doivent encore être activés par l'internaute pour permettre l'accès à des informations de tiers<sup>72</sup>. La mise en œuvre d'une responsabilité pénale de l'exploitant d'un moteur de recherche suppose la commission d'une faute, c'est-à-dire une participation consciente à l'activité illicite. Il pourrait être tenu pénalement responsable comme auteur principal ou comme complice en cas d'interrogation à partir de mots-clés tels les nom et

---

<sup>68</sup> Sous l'angle de la participation à l'atteinte au sens de l'art. 28 CC (une notion de droit civil à interpréter plus largement), il semble également exclu que le fournisseur d'accès puisse être retenu comme un participant, contrairement à un fournisseur d'hébergement qui lui est plus proche du résultat (voir arrêt du TF « Tribune de Genève » 5A\_732/2011 et Rapport responsabilité, p. 32).

<sup>69</sup> Rapport Cybercriminalité, p. 68 ; EQUEY, N. 105.

<sup>70</sup> ATF 125 IV 206, consid. 3b.

<sup>71</sup> ATF 125 IV 206, consid. 3c.

<sup>72</sup> EQUEY, N. 664.

prénom d'un personnage public et des jurons, dont la combinaison mènerait à des pages web contenant des informations attentatoires à l'honneur<sup>73</sup>.

- 55 L'art. 28a CP garantit la protection des sources et protège les personnes qui participent à titre professionnel à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique (et leurs auxiliaires) contre toute mesure de contrainte fondée sur le droit de procédure s'ils refusent de témoigner sur l'identité de l'auteur ou sur le contenu et les sources de leurs informations. Les intermédiaires d'informations n'en font pas partie et ne bénéficient dès lors pas de cette protection spécifique. Les plateformes numériques ne sont pas, vis-à-vis de leurs utilisateurs, dans une position comparable à celle du rédacteur responsable ou du responsable de la publication par rapport aux collaborateurs et aux auxiliaires d'un média d'information<sup>74</sup>.
- 56 Lorsque les médias proposent leur contenu en ligne, notamment sur les réseaux sociaux, ils n'en maîtrisent plus la diffusion. Les réseaux sociaux, par exemple, se sont désormais intercalés entre les médias d'information et leur public, l'utilisateur accédant alors à des contenus médiatiques selon la logique des algorithmes et des préférences exprimées par chacun<sup>75</sup>. Le contenu n'est souvent pas modifié, mais le moment et la manière d'y accéder, voire la simple possibilité d'y accéder, est décidée par l'intermédiaire d'information, sans que l'utilisateur (et souvent aussi les médias) n'en connaisse les critères.
- 57 Les intermédiaires d'information peuvent aussi prétendre à la liberté des médias (art. 17 Cst.) en raison du rôle qu'ils jouent précisément dans l'accès à l'information, leur position de *gatekeepers* et leur fonction systémique dans le débat public en ligne<sup>76</sup>. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille les considérer comme des médias éditeurs de contenus traditionnels.
- 58 Concernant les médias, il faut encore mentionner l'art. 322 CP qui leur impose une obligation d'indiquer spontanément et sur demande un certain nombre d'informations. L'objectif de cette obligation consiste à faciliter l'application du droit en cas d'infractions auxquelles participe une entreprise de médias<sup>77</sup>.
- 59 Au niveau de la procédure, le CPC garantit à son art. 172 la protection des sources des professionnels des médias. L'al. 1 dispose que les personnes qui, à titre professionnel, participent à

---

<sup>73</sup> EQUEY, N. 668.

<sup>74</sup> Étude MASMEJAN, N. 30 et note de bas de page 40.

<sup>75</sup> Étude MASMEJAN, p. 7.

<sup>76</sup> Étude MASMEJAN, p. 14. L'auteur précise toutefois que le secret rédactionnel garanti par l'art. 17 al. 3 Cst. est si étroitement lié au rôle de « chien de garde » de la démocratie dévolu au journalisme qu'on verrait mal qu'il puisse protéger d'autres acteurs que des professionnels de l'information.

<sup>77</sup> CR CP II-WERLY, art. 322 N 5.

la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique et leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur l'identité de l'auteur ainsi que sur le contenu et la source de leurs informations. Il s'agit là d'un privilège accordé aux personnes remplissant les critères de la définition de professionnels des médias.

#### 2.2.6. Droit mou

- 60 La régulation peut prendre différentes formes<sup>78</sup>. La mission de la régulation consiste à garantir la fourniture des médias au public, à structurer les canaux, à garantir la protection des mineurs, à assurer la pluralité, à protéger les droits individuels et à promouvoir la qualité des médias<sup>79</sup>. En plus du cadre légal strict édicté par les autorités, il est dès lors nécessaire de se pencher sur le droit mou. En effet, dans tout secteur, une régulation de la part des acteurs concernés directement peut émerger. On parle alors d'autorégulation.
- 61 En ce qui concerne le domaine des médias, les membres de la branche se sont imposés des principes éthiques, dont l'application est surveillée par des instances d'autorégulation. Le Conseil suisse de la presse, l'organe d'autorégulation de la partie rédactionnelle des médias, a élaboré un Code déontologique, composé de la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste, ainsi que des Directives relatives à la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste »<sup>80</sup>, qu'il est nécessaire de prendre en compte. Il y a des domaines où les règles de déontologie et celles du droit telles que les comprend la jurisprudence coïncident très largement. Sur certains points, la déontologie a des exigences plus grandes que le droit<sup>81</sup>.
- 62 Le Conseil suisse de la presse a pour vocation de servir d'intermédiaire entre les médias et le public. Cet organe d'autorégulation pour l'ensemble des médias se met à la disposition du public et des journalistes en tant qu'instance de plaintes pour des questions relevant de l'éthique des médias<sup>82</sup>. Le fait que la plainte concerne des comptes rendus journalistiques publiés sur le web importe peu. La compétence du Conseil suisse de la presse s'étend à la partie rédactionnelle et aux questions

---

<sup>78</sup> La régulation comprend tous les mécanismes permettant d'influer sur le comportement des personnes. Dans le secteur des médias, plusieurs scénarios sont envisageables : le soin de la régulation est confié au marché (régulation concurrentielle) ; le secteur se charge de sa propre régulation (autorégulation) ; l'État endosse cette tâche (régulation externe) ; personne ne régule le secteur (dé-régulation ou non-régulation) ; ou encore plusieurs acteurs coopèrent en vue d'une régulation (co-régulation, gouvernance) : BLUM, p. 13.

<sup>79</sup> BLUM, p. 17.

<sup>80</sup> Ces documents peuvent être consultés à : <https://presserat.ch/fr/>.

<sup>81</sup> BARRELET / WERLY, N. 2234-2235.

<sup>82</sup> BARRELET / WERLY, N. 2224.

d'éthique professionnelle qui s'y rattachent de tous les médias publics, périodiques et/ou liés à l'actualité. Le Conseil suisse de la presse a un pouvoir de constatation, éventuellement de recommandations. Il n'a pas de pouvoir de sanction<sup>83</sup>.

- 63 La Déclaration s'adresse aux journalistes professionnels qui collaborent à la partie de l'actualité de médias publics et périodiques. Elle est constituée essentiellement de normes éthiques, qui n'ont pas force exécutoire sur le plan juridique. Deux catégories de déclarations y sont contenues : la déclaration des devoirs et la déclaration des droits. Les devoirs essentiels sont au nombre de onze, dont peuvent être cités le numéro 5 qui impose au/à la journaliste de rectifier toute information publiée qui se révèle matériellement inexacte et le numéro 11 qui interdit de confondre le métier de journaliste avec celui de publicitaire et qui impose de n'accepter aucune consigne, directe ou indirecte, d'annonceurs publicitaires.
- 64 Les Directives relatives à la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste » commencent par exposer que la recherche de la vérité est au fondement de l'acte d'informer et qu'elle suppose la prise en compte des données disponibles et accessibles, le respect de l'intégrité des documents, la vérification et la rectification (directive 1.1). Il peut ensuite être mis en avant les éléments suivants :
- le pluralisme des points de vue est requis lorsque le journaliste travaille pour un média en situation de monopole, ceci afin de contribuer à la défense de la liberté de l'information (directive 2.2) ;
  - la distinction entre l'information proprement dite (soit l'énoncé des faits) et les appréciations relevant du commentaire ou de la critique doit être rendue perceptible pour le public par le journaliste (directive 2.3) ;
  - l'origine d'une information et son authenticité doit être assurée (directive 3.1) ;
  - les normes déontologiques s'appliquent également au courrier des lecteurs et aux commentaires en ligne ; la plus large place possible devant être accordée à la liberté d'expression, les rédacteurs ne doivent intervenir qu'en cas de violations manifestes de la Déclaration (directive 5.2) ;
  - les lettres de lecteurs et les commentaires en ligne doivent en principe être signés par leurs auteurs ; ils ne peuvent être publiés anonymement que par exception ; lors de forums de discussion en ligne basés sur des réactions spontanées immédiates, on peut

---

<sup>83</sup> BARRELET / WERLY, N. 2230.

exceptionnellement renoncer à demander aux auteurs de s'identifier, pour autant que la rédaction modère les commentaires *a priori* afin d'éviter la publication de commentaires diffamatoires ou discriminatoires (directive 5.3) ;

- une nette séparation entre la partie rédactionnelle, respectivement le programme, et la publicité ainsi que tout contenu payé ou fourni par des tiers est impérative pour la crédibilité des médias (directive 10.1) ;
- les entreprises privées n'échappent pas au domaine de la recherche journalistique, lorsque leur poids économique et/ou leur rôle social en font des acteurs importants dans une région donnée (directive a.2).

### **2.3. Règles spécifiques applicables aux intermédiaires d'information**

#### **2.3.1. En général**

- 65 Avant de se pencher sur les règles spécifiques aux intermédiaires d'information, il convient d'insister sur le fait que ces derniers ne peuvent pas être considérés de la même manière que des médias traditionnels, partant les règles applicables aux médias ne peuvent pas trouver application en ce qui concerne les intermédiaires d'information<sup>84</sup>.
- 66 Des standards élevés sont imposés aux médias traditionnels. Ils continuent à bénéficier d'une haute réputation et d'une relativement haute crédibilité même à l'ère numérique. Cela découle notamment des exigences légales applicables et des règles déontologiques. Les informations sont vérifiées du point de vue de leur véracité et de leur origine avant d'être diffusées par les médias traditionnels. Les mêmes exigences ne s'appliquent pas aux intermédiaires d'information, car ils ne sont pas directement impliqués dans la rédaction du contenu comme les médias<sup>85</sup>.

#### **2.3.2. Responsabilité**

- 67 La notion d'intermédiaire d'information ne correspond pas à aucune notion juridique déterminée et ne fait donc pas l'objet de règles spécifiques.

---

<sup>84</sup> Comme cela a été mis en avant dans le chapitre consacré aux règles spécifiques applicables aux médias (2.2).

<sup>85</sup> HOLZNAGEL / HEMMERT-HALSWICK, pp. 161-162.

68 Depuis le début des années nonante, le régime juridique applicable aux prestataires et leur responsabilité a fait l'objet de nombreux rapports. Plusieurs rôles ont été définis par le Conseil fédéral dans ses différents rapports<sup>86</sup> :

- fournisseurs de contenu : ils proposent leurs propres contenus ou ceux d'autrui sur une infrastructure technique ;
- exploitants de plateformes : ils mettent à la disposition des utilisateurs un cadre destiné à l'échange de contenus créés ou repris par ces derniers ;
- hébergeurs : ils mettent à disposition contre rémunération une infrastructure technique (espace mémoire, capacité de calcul, capacités de transmission) pour la mise en ligne automatisée de données ;
- fournisseurs d'accès : ils ne proposent pas d'infrastructure pour le stockage des données, mais uniquement la liaison technique avec les serveurs des hébergeurs (ou une partie de cette liaison) ;
- médias traditionnels et autres services de médias : les médias traditionnels aident souvent les médias sociaux à attirer l'attention, à acquérir de nouveaux membres et à augmenter les recettes publicitaires ; de leur côté, les médias sociaux sont de plus en plus utiles aux médias traditionnels en leur fournissant des contenus et des nouveautés ;
- moteurs de recherche : ils constituent d'autres relais puisqu'ils renvoient les utilisateurs vers des contenus publiés non seulement dans les médias traditionnels, mais aussi sur les réseaux sociaux.

69 Dans un avis de droit du 24 décembre 1991<sup>87</sup>, l'OFJ avait conclu à une responsabilité subsidiaire du pur fournisseur d'accès au regard du droit pénal des médias, à condition que ce fournisseur ait été clairement rendu attentif à l'existence du contenu illégal par une autorité de poursuite pénale. En outre, l'OFJ précisait que pour les cas dans lesquels le droit pénal des médias n'était pas applicable, les prestataires pouvaient être punis en qualité de complices de l'infraction principale.

70 La branche des prestataires rejeta les conclusions formulées dans l'avis de droit de l'OFJ et mandata les professeurs NIGGLI, RIKLIN et STRATENWERTH qui sont parvenus à des conclusions opposées dans

---

<sup>86</sup> Rapport responsabilité, pp. 19-20, citant le Rapport médias sociaux.

<sup>87</sup> Publié in JAAC 64 75.

leur avis daté d'octobre 2002<sup>88</sup>. L'année suivante, la commission d'experts « Cybercriminalité » retenait que le régime de responsabilité des médias n'était pas adapté à Internet et que l'on ne pouvait pas comparer la position du fournisseur d'hébergement ou du fournisseur d'accès à celle des acteurs des médias de masse classiques tels que la presse écrite ou la radio<sup>89</sup>.

- 71 Pour cette commission, une seule chose est claire : est responsable, en tant qu'auteur du délit, celui dont dépend directement l'existence du site et le contenu de celui-ci (fournisseur de contenu). Dès qu'il s'agit du fournisseur d'hébergement dont la fonction est de mettre de l'espace à la disposition d'autrui et que cette tierce personne peut utiliser cet espace à sa guise, la manière dont ce fournisseur (comme le fournisseur d'accès) participe par l'intermédiaire d'un tiers au délit perpétré est controversée<sup>90</sup>.
- 72 Le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de loi en 2004/2005 visant à clarifier la responsabilité pénale des prestataires. Au vu des critiques formulées durant la consultation, le Conseil fédéral a renoncé au projet. Dans un rapport de 2008, il conclut toutefois que même en l'absence de règles spéciales concernant la responsabilité pénale des prestataires, il est possible de trouver des solutions valables en s'appuyant sur le droit pénal des médias (art. 28 ss CP) et sur les principes généraux concernant l'auteur d'une infraction et la participation (art. 24 ss CP). De plus, une réglementation d'une nature plus technique serait vite dépassée compte tenu de l'évolution rapide qui caractérise les cyberréseaux<sup>91</sup>.
- 73 L'instigation est une forme de participation, constituée par une influence d'ordre psychique, spirituelle, exercée sur la volonté d'autrui, cela quelle que soit la manière dont cette influence s'exprime, par exemple par le simple fait de poser une question, d'émettre une suggestion ou une invitation<sup>92</sup>. L'art. 24 CP prévoit que quiconque a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit encourt, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction (al. 1).
- 74 La punissabilité de l'intermédiaire d'information devrait plutôt suivre le régime général de la complicité. La complicité est traitée à l'art. 25 CP, qui dispose que la peine est atténuée à l'égard de celui qui aura intentionnellement prêté assistance pour commettre un crime ou un délit. Le

---

<sup>88</sup> Medialex, numéro spécial 1/2000.

<sup>89</sup> Rapport Cybercriminalité p. 68.

<sup>90</sup> Rapport Cybercriminalité, p. 69.

<sup>91</sup> Rapport responsabilité pénale, pp 7 ss.

<sup>92</sup> Code pénal annoté, art. 24 n. 1.2.

complice se distingue de l'auteur en ce qu'il n'a pas d'emprise sur le cours des événements. C'est l'intensité (notion subjective) avec laquelle l'intéressé s'associe à la décision dont est issu le délit qui est déterminante pour distinguer l'auteur du complice<sup>93</sup>.

- 75 À titre d'exemple, se rend coupable de complicité de pornographie (art. 197 CP), la personne responsable au sein de l'opérateur téléphonique de l'introduction du télékiosque, si elle fournit les prestations nécessaires à l'exploitation de celui-ci en sachant qu'il sert à diffuser des enregistrements pornographiques accessibles à des mineurs de moins de 16 ans<sup>94</sup>.
- 76 Le Conseil fédéral revient encore une fois en 2013 sur la question de la responsabilité des fournisseurs de services qui permettent l'accès à un réseau et charge le DFJP de voir s'il convient de légiférer sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet et retient en revanche que la question de la responsabilité au niveau pénal ne devrait pas être réexaminée<sup>95</sup>.
- 77 C'est ainsi en 2015 que le Conseil fédéral publie un rapport sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet et dresse un panorama assez complet des dispositions légales applicables en distinguant les actions défensives (prévention et cessation d'une atteinte) des actions en réparation (paiement d'un dommage intérêt y compris tort-moral et remise de gain) dans les domaines de la protection de la personnalité, de la protection des données, de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle<sup>96</sup>. Le droit en vigueur fournit d'ores et déjà aux tribunaux les instruments nécessaires pour écarter une légitimation passive dans le cas où la participation à l'atteinte n'est pas dans un lien de causalité adéquate, ce qui serait selon lui le cas pour les fournisseurs d'accès<sup>97</sup>.
- 78 S'agissant de la responsabilité civile à l'égard des contenus mis en ligne, le critère déterminant est celui de la proximité du fournisseur avec le contenu. Un manque de diligence ne devrait être reproché au fournisseur d'hébergement que s'il est resté inactif après avoir reçu des indications précises d'une violation flagrante du droit et s'il n'a pas pris les mesures que l'on pouvait attendre

---

<sup>93</sup> Code pénal annoté, art. 25 n. 1.9.

<sup>94</sup> Code pénal annoté, art. 25 n. 1.20 ; ATF 121 IV 109. Le système télékiosque a introduit la possibilité, pour toute personne disposant d'un raccordement téléphonique, d'accéder à des services surtaxés. Les PTT facturaient directement le coût de l'appel et la taxe liée au service (qui étaient ensuite en partie reversée au titulaire du numéro appelé, les PTT en conservant une part). Ces services disposaient d'un indicatif particulier, en l'occurrence le 156 pour le téléphone rose.

<sup>95</sup> Voir Rapport médias sociaux.

<sup>96</sup> Voir Rapport responsabilité.

<sup>97</sup> Rapport responsabilité, p. 98.

de lui. Si le fournisseur n'a reçu aucune indication, une obligation spontanée ne devrait être retenue que pour les fournisseurs proches du contenu, comme les portails d'actualités ou les hébergeurs de forums et de blogs, et si des atteintes paraissent probables compte tenu des circonstances particulières<sup>98</sup>.

- 79 À aucun moment les intermédiaires d'information ne sont définis. Pour la responsabilité pénale, il faut donc principalement appliquer le régime des art. 24 ss CP. Au niveau civil, c'est la proximité avec le contenu qui est déterminante.
- 80 D'une part, la responsabilité des intermédiaires d'information en lien avec les contenus générés par les utilisateurs ne devrait pas être étendue de manière trop large. En effet, ils pourraient être poussés à supprimer de leur propre initiative des contenus licites, ou qui ne sont que potentiellement illicites, à seule fin de ne pas risquer d'engager leur responsabilité. En conséquence, la liberté d'expression et celle des médias en seraient menacées<sup>99</sup>.
- 81 Mais d'autre part, les contenus illicites quel que soit le contexte, telles la pédopornographie et l'incitation ou l'apologie de la violence, justifient un régime de responsabilité plus strict pouvant notamment contraindre les plateformes (comme les autres intermédiaires du web) à une réaction appropriée dès lors qu'un signalement leur est adressé<sup>100</sup>.
- 82 Ainsi les contenus qui ne sont pas clairement illicites ne sauraient être soumis à un régime de responsabilité identique. MASMEJAN cite les atteintes pénales ou civiles portées aux droits et à la réputation d'autrui ou la divulgation de secrets officiels pour lesquelles il considère que la responsabilité pénale et civile des plateformes et des intermédiaires ne devrait être engagée qu'à des conditions particulièrement restrictives, voire exclue<sup>101</sup>. Cela nous semble déjà prévu par l'application actuelle du droit, puisqu'une complicité pénale ne peut être retenue que si le complice a l'intention de prêter assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Rapport responsabilité, p. 101.

<sup>99</sup> Étude MASMEJAN, N. 102.

<sup>100</sup> Étude MASMEJAN, N. 105.

<sup>101</sup> Étude MASMEJAN, N. 106.

<sup>102</sup> Art. 25 CP. En pratique, cela impliquera le plus souvent que l'intermédiaire ait été rendu attentif ou avait des raisons de s'attendre à un contenu illicite.

### 2.3.3. Législation sur la télécommunication

- 83 La notion de télécommunication comprend l'émission ou la réception d'informations sur des lignes ou par onde hertziennes, au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques. Les informations peuvent avoir la forme de signes, de signaux, de caractères d'écriture, d'images ou de sons, et elles doivent être destinées à des êtres vivants ou des machines. Si le consommateur peut composer son menu à sa guise, en assemblant les informations comme bon lui semble, il s'agira de télécommunication ; en revanche, si les informations sont destinées au public en général et prennent la forme d'un programme, on tombe dans le domaine de la radiodiffusion<sup>103</sup>.
- 84 La Loi sur les télécommunications (LTC) a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international. Elle doit en particulier : garantir qu'un service universel sûr et d'un prix abordable soit fourni à toutes les catégories de la population et dans tout le pays ; assurer que le trafic des télécommunications ne soit pas perturbé et qu'il respecte les droits de la personnalité et les droits immatériels ; permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunication ; et protéger les utilisateurs des services de télécommunication contre la publicité de masse déloyale et les services à valeur ajoutée abusifs (art. 1 LTC).
- 85 La notion de services de télécommunication est définie comme la transmission d'informations pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication (art. 3 let. b LTC). Les art. 4 à 13b LTC contiennent des dispositions communes pour les services de télécommunication. Il s'agit notamment de l'obligation de s'annoncer à l'OFCOM (art. 4), des exigences imposées aux fournisseurs de services de télécommunication (art. 6) et de l'obligation de fournir aux utilisateurs des informations (art. 12a).
- 86 La LTC ayant été modifiée récemment, il sera tenu compte ci-après des conditions posées par la nouvelle loi (nLTC)<sup>104</sup>, même si elle n'est pas encore entrée en vigueur. L'OFCOM devra enregistrer les fournisseurs de services de télécommunication qui utilisent des fréquences de radiocommunication soumises à concession ou des ressources d'adressage gérées au niveau national (art. 4 al. 1 nLTC). Il est en particulier intéressant de se pencher sur la question des fournisseurs enregistrés, car l'Ordonnance sur les services de télécommunication (OST)<sup>105</sup> prévoit

---

<sup>103</sup> BARRELET / WERLY, N. 311.

<sup>104</sup> FF 2019 2585.

<sup>105</sup> L'art. 5 OST actuellement en vigueur pose le principe qui est repris avec des changements terminologiques dans l'art. 4 de la nouvelle ordonnance en consultation.

que les fournisseurs enregistrés doivent indiquer une adresse de correspondance en Suisse à laquelle des communications, des citations et des décisions peuvent leur être valablement notifiée.

- 87 La LTC est notamment complétée par la Loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) qui prévoit des obligations à charge des fournisseurs de télécommunication. La LSCPT distingue les fournisseurs de services de télécommunication au sens de la LTC et les fournisseurs de services de communication dérivés qui se fondent sur des services de télécommunication et qui permettent une communication unilatérale ou multilatérale (art. 2 let. c LSCPT). Les fournisseurs de communication dérivés sont soumis à des obligations réduites notamment en matière de conservation de données et de capacité à exécuter une surveillance.
- 88 Entre ces deux statuts, la LSCPT a prévu la possibilité d'imposer des obligations supplémentaires aux fournisseurs de services de communication dérivés qui offrent des services d'une grande importance économique ou à un grand nombre d'utilisateurs (art. 27 al. 3 LSCPT), ainsi que de dispenser des fournisseurs de services de télécommunication de certaines obligations légales, lorsqu'ils offrent des services de télécommunication de faible importance économique ou dans le domaine de l'éducation (art. 24 al. 4 LSCPT).
- 89 Les fournisseurs d'accès Internet, comme les fournisseurs de services de téléphonie fixe et mobile sont évidemment des fournisseurs de télécommunications. Les purs fournisseurs de services email sont des fournisseurs de communication dérivés<sup>106</sup>. Le Conseil fédéral mentionne expressément à titre d'exemples de fournisseurs de services dérivés, les fournisseurs de services qui permettent une communication multilatérale rendant possible la communication entre usagers (Facebook), les fournisseurs d'espace de stockage de courriels, les fournisseurs d'hébergement d'applications ou services email (.gmx), les fournisseurs d'hébergement « colocation de serveurs » ou « *server housing* » avec accès (Green.ch et Colt), les fournisseurs d'hébergement « *Facility Management* » sans service de communication (colocation pure) ou des services « cloud », les plates-formes de chat, les plates-formes d'échange de documents et les fournisseurs de services de téléphonie par Internet du type pair à pair (*Skype peer-to-peer*)<sup>107</sup>.
- 90 Les intermédiaires d'information ne sont donc pas des fournisseurs de télécommunication. Dans deux arrêts rendus le 16 novembre 2016, le TF a confirmé, peut-être un peu rapidement, que la société Google, en fournissant le service de messagerie Gmail, et la société Facebook, en fournissant le réseau social du même nom, n'étaient pas des fournisseurs de services de

---

<sup>106</sup> Message concernant la loi fédérale sur la surveillance par poste et télécommunication, FF 2013 2391.

<sup>107</sup> Message concernant la loi fédérale sur la surveillance par poste et télécommunication, FF 2013 2404.

télécommunication<sup>108</sup>. Dans une décision plus récente, et contre l'avis du Service Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, le TAF a retenu que la société suisse Threema, qui propose l'application de messagerie chiffrée du même nom, n'est pas un fournisseur de services de télécommunication, mais bien un fournisseur de services de communication dérivés<sup>109</sup>.

- 91 En principe, les intermédiaires d'information ne seront donc pas qualifiés de fournisseur de services de télécommunication ou de fournisseurs de communication dérivés, sauf s'ils proposent un service de communication entre les utilisateurs (ce qui sort de l'activité d'intermédiaire d'information).

## **2.4. Règles de droit commun**

### **2.4.1. En général**

- 92 Comme nous l'avons vu, la radio, la télévision, et la presse écrite sont soumises à des règles particulières applicables aux médias, mais ces règles ne s'appliquent pas aux intermédiaires d'information. Si ces derniers sont soumis à moins d'obligations que les médias, ils ne bénéficient pourtant pas d'un régime légal d'exception et demeurent, comme les médias et n'importe quel individu, soumis aux règles de droit commun. En effet, puisque ces derniers fournissent du contenu, il est impératif qu'ils respectent par exemple la protection de l'individu, de la collectivité et de l'État, ainsi que des mineurs.
- 93 Ces règles permettent de sanctionner la publication de certains contenus et, par leur effet dissuasif, de prévenir leur publication<sup>110</sup>. Ces contenus peuvent restreindre le bon fonctionnement du débat démocratique parce qu'ils représentent faussement une personne, parce qu'ils portent atteinte à la capacité d'une personne de s'exprimer ou d'agir librement, parce qu'ils diffusent des informations qui ne devraient pas l'être, etc.

### **2.4.2. Protection de l'individu**

#### **2.4.2.1. En général**

- 94 L'intermédiaire d'information pourrait diffuser ou promouvoir du contenu portant atteinte aux individus. Cela peut prendre des formes assez variées, comme la diffusion d'informations

---

<sup>108</sup> TF 1B\_142/2016 du 16 novembre 2016 ; TF 1B\_185/2016 du 16 novembre 2016 ; TF 1B\_188/2016 du 16 novembre 2016.

<sup>109</sup> TAF A-550/2019 du 19 mai 2020.

<sup>110</sup> Et parfois de les faire supprimer. Ces normes indiquent aux intermédiaires d'information ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas dans l'ordre juridique suisse et sont importantes. Comme toutes normes cependant, encore faut-il qu'elles soient respectées ou que leur respect puisse être imposé pour qu'elles aient une pleine efficacité.

dégradantes ou personnelles dans le but de décrédibiliser une personne voire de dissuader d'autres personnes de participer à un débat pour éviter de subir le même sort, l'utilisation de l'identité d'un tiers sans droit pour faire passer un message, la menace ou la tromperie d'une personne pour restreindre son autonomie (de décision comme d'expression), ou encore l'exposition à des contenus non désirés pour détourner son attention ou la choquer.

- 95 Ce chapitre couvre autant la protection d'un individu que d'un groupe d'individus, en traitant des atteintes à la personnalité (droit civil et droit pénal) (2.4.2.2), de l'usurpation d'identité (2.4.2.3), des atteintes au libre arbitre (2.4.2.4) et de l'exposition à des contenus non sollicités (2.4.2.5).

#### **2.4.2.2. Protection de la personnalité**

- 96 En droit civil, les droits de la personnalité sont protégés par les art. 28 ss CC<sup>111</sup>, auxquels il convient d'ajouter l'art. 49 CO qui prévoit le droit à une réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité. Ces dispositions constituent une protection judiciaire donnant la possibilité à la victime de l'atteinte de s'adresser au juge de façon à contraindre le défendeur à mettre un terme à ses agissements, voire à en réparer les conséquences<sup>112</sup>. L'art. 28a CC permet à celui qui subit une atteinte d'intenter trois types d'actions : une action en prévention de l'atteinte, une action en cessation de l'atteinte ou une action en constatation de l'atteinte.
- 97 Contrairement à l'action en réparation qui exige une faute, une demande en cessation de l'atteinte peut être dirigée contre l'hébergeur d'un blog même si ce dernier ne connaissait pas le contenu de l'article litigieux publié sur le blog<sup>113</sup>. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a retenu qu'en fournissant l'espace sur lequel l'auteur a pu créer son blog, la Tribune de Genève lui a permis la diffusion du billet incriminé auprès du public et d'un large cercle de lecteurs. Si elle n'est pas l'auteur de l'atteinte, elle a contribué à son développement et, partant, y a participé conformément à l'art. 28 al. 1 CC<sup>114</sup>. À noter que la Tribune de Genève a été ici traitée comme n'importe quel hébergeur et non pas en application de règles particulières applicables aux médias.
- 98 Il ne s'agit pas d'une obligation de contrôler constamment le contenu de tous les blogs hébergés, mais seulement d'une obligation de celui qui participe à une atteinte à la personnalité et qui techniquement est en mesure de la faire cesser, de donner suite à une telle requête de la personne

---

<sup>111</sup> Ils sont également protégés par la LPD, mais cela sort du champ de l'étude.

<sup>112</sup> CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 5.

<sup>113</sup> TF 5A\_792/2011 du 14 janvier 2013 (Arrêt « Tribune de Genève ») ; Rapport responsabilité, pp. 32-33.

<sup>114</sup> TF 5A\_792/2011 du 14 janvier 2013, consid. 6.3.

visée et de cesser ainsi sa participation à l'atteinte (la diffusion ou la promotion du contenu) comme le responsable d'un panneau d'affichage pourrait être obligé de retirer une affiche, même s'il n'en n'est pas l'auteur<sup>115</sup>.

- 99 La victime peut choisir librement contre qui elle souhaite diriger sa requête et elle n'est pas obligée de s'être adressée préalablement au participant avant de saisir la justice<sup>116</sup>.
- 100 En droit pénal, la personnalité est notamment protégée par les art. 173 à 179<sup>novies</sup> CP qui traitent des infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé. Le droit à l'honneur, comme le droit à la vie, à l'intégrité physique ou au respect de la vie privée, fait partie des droits de la personnalité<sup>117</sup>. Le droit à l'honneur est un des droits de la personnalité dont l'atteinte est un acte illicite susceptible de conséquences civiles et pénales<sup>118</sup>.
- 101 Toute critique ou appréciation négative d'une personne n'est pas de nature à porter une atteinte pénale à son honneur. La notion d'honneur en droit civil est plus large qu'en droit pénal, car elle protège non seulement la considération morale, mais également la considération sociale (droit à l'estime professionnelle, économique et sociale). La notion pénale d'honneur ne doit pas être comprise de manière trop extensive. N'importe quelle critique ou appréciation négative ne suffit pas. Il faut au contraire que l'atteinte revête une certaine gravité, dépassant ce qui est socialement acceptable<sup>119</sup>.
- 102 Lorsqu'une infraction à l'honneur est commise au moyen d'Internet, le simple fait qu'un site web puisse être consulté en Suisse ne devrait pas à lui seul constituer un résultat en Suisse et à fonder une compétence de autorités suisses. Il faut encore que le public suisse ait été visé et que celui-ci ait ainsi fait partie des destinataires prévisibles, eu égard par exemple à la langue utilisée ou au contenu<sup>120</sup>.
- 103 La détermination du for pénal dans le cadre des infractions commises au moyen de réseau de communications électroniques comme Internet soulève des questions complexes. La doctrine est notamment controversée concernant la question du lieu de survenance du résultat des infractions commises par Internet. Une responsabilité pénale en cas de diffusion de contenus constitutifs

---

<sup>115</sup> TF 5A\_792/2011 du 14 janvier 2013, consid. 6.3.

<sup>116</sup> TF 5A\_792/2011 du 14 janvier 2013, consid. 6.2.

<sup>117</sup> CR CP II-RIEBEN / MAZOU, Introduction aux art. 173-178 N 1.

<sup>118</sup> ATF 121 IV 76, consid. 1c.

<sup>119</sup> CR CP II-RIEBEN / MAZOU, Introduction aux art. 173-178 N 15.

<sup>120</sup> CR CP II-RIEBEN / MAZOU, Introduction aux art. 173-178 N 61.

d'atteintes à l'honneur peut, selon EQUEY, déjà être admise, dans la mesure où les informations illicites pouvaient être consultées en Suisse<sup>121</sup>. Il faut plutôt se demander si le résultat pris en considération est dans un rapport de connexité immédiate avec le comportement typique de l'infraction concernée<sup>122</sup>.

- 104 Le droit pénal distingue la diffamation (art. 173 CP), la calomnie (art. 174 CP) et l'injure (art. 177 CP).
- 105 La diffamation (art. 173 CP) protège l'honneur et la considération des personnes. Est punissable selon cette disposition, celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, ainsi que celui qui aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon<sup>123</sup>. L'honneur se conçoit comme le droit au respect, droit qui est violé en présence d'une allégation de fait de nature à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'être humain<sup>124</sup>.
- 106 La calomnie (art. 174 CP) se distingue principalement de la diffamation en cela que l'auteur sait que les allégations attentatoires à l'honneur sont fausses<sup>125</sup>. La peine encourue est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, voire une peine pécuniaire de 30 jours-amendes au moins si le calomniateur a, de propos délibéré, cherché à ruiner la réputation de sa victime.
- 107 Quant à l'injure (art. 177 CP), c'est une infraction subsidiaire à la diffamation et à la calomnie qui est punie d'une peine pécuniaire de 90 jours-amendes au plus. Elle s'applique surtout lorsque l'auteur s'est adressé directement à la victime (et pas à des tiers) ou si l'atteinte est réalisée sous la forme d'un jugement de valeur ou d'une injure formelle<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> EQUEY, N. 16 -19.

<sup>122</sup> ATF 128 IV 145, consid. 2e.

<sup>123</sup> CR CP II-RIEBEN / MAZOU, art. 173 N 1.

<sup>124</sup> CR CP II-RIEBEN / MAZOU, art. 173 N 2.

<sup>125</sup> CR CP II-RIEBEN / MAZOU, art. 174 N 5.

<sup>126</sup> Petit Commentaire du Code Pénal, art. 177 N 9.

### 2.4.2.3. Usurpation d'identité

- 108 Actuellement, l'usurpation d'identité n'est pas une infraction pénale en tant que telle, mais elle peut être un élément constitutif de nombreuses infractions<sup>127</sup>. Il existe néanmoins une protection du nom en droit civil (art. 29 CC) et des raisons de commerce (art. 956 CO).
- 109 L'art. 29 CC dispose que celui dont le nom est contesté peut demander au juge la reconnaissance de son droit (al. 1) et que celui qui est lésé par une usurpation de son nom peut intenter une action pour la faire cesser, sans préjudice de tous dommages-intérêts en cas de faute et d'une indemnité à titre de réparation morale si cette indemnité est justifiée par la nature du tort éprouvé (al. 2). Le droit au nom appartient aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales<sup>128</sup>. Différentes actions sont possibles : l'action en cessation de trouble, l'action en prévention de trouble, l'action en constatation de droit et les actions réparatrices. La qualité pour agir appartient à celui dont la protection du nom est invoquée. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. L'action doit être dirigée contre celui qui usurpe le nom du demandeur (action en cessation de trouble) ou qui risque de le faire (action en prévention de trouble) ou à l'encontre de celui conteste un nom ou l'usage d'un nom (action en constatation de droit)<sup>129</sup>.
- 110 Quant à la disposition protégeant les raisons de commerce (art. 956 CO), il s'agit d'une *lex specialis*<sup>130</sup> qui prévoit que dès que la raison de commerce d'un particulier, d'une société commerciale ou d'une société coopérative a été inscrite sur le registre et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce, l'ayant droit en a l'usage exclusif (al. 1). Son al. 2 précise que celui qui subit un préjudice du fait de l'usage indu d'une raison de commerce peut demander au juge d'y mettre fin et, s'il y a faute, réclamer des dommages-intérêts. La protection ici conférée ne concerne que les collisions entre raisons de commerce, soit une protection d'une raison de commerce uniquement contre son usage par un tiers à titre de raison de commerce<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Il peut s'agir de l'art. 146 CP (escroquerie), de l'art. 143<sup>bis</sup> CP (accès indu à un système informatique), de l'art. 143 CP (soustraction de données), selon l'intention de l'auteur et les circonstances du cas d'espèce, de la détérioration de données, de l'atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui, de la menace ou de la contrainte (art. 144<sup>bis</sup>, 151, 180 ou 181 CP), ou d'infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP). Voir notamment la réponse du Conseil fédéral à la motion 14.3288 déposée le 21 mars 2014 « Faire de l'usurpation d'identité une infraction pénale en tant que telle » : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143288>.

<sup>128</sup> CR CC I-THÉVENAZ, art. 29 N 2.

<sup>129</sup> CR CC I-THÉVENAZ, art. 29 N 16 et 17.

<sup>130</sup> CR CC I-THÉVENAZ, art. 29 N 11.

<sup>131</sup> CR CO II-CHERPILLOD, art. 956 N 3.

- 111 Dans le cadre de la révision totale de la Loi sur la protection des données, le législateur a décidé d'ériger en infraction pénale l'usurpation d'identité. À cet effet, un nouvel art. 179<sup>decies</sup> sera introduit dans le CP. Le phénomène et la problématique de l'usurpation d'identité ont gagné en acuité en raison de la diffusion des moyens de communication électronique et de l'utilisation des médias sociaux. Cette nouvelle disposition pénale dispose que celui qui aura utilisé l'identité d'une autre personne sans son consentement dans le dessein de lui nuire ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire<sup>132</sup>.
- 112 La disposition pénale proposée contre l'usurpation d'identité protège donc la personnalité, à savoir le droit de la personne au respect de son identité, et punit toute usurpation de cette identité en tant qu'élément de la personnalité. Contrairement à l'escroquerie, il ne s'agit pas ici de sanctionner le recours à l'identité d'un tiers comme élément d'une tromperie, mais de protéger la personne dont l'identité est utilisée sans droit.
- 113 La notion d'identité d'une personne doit être comprise au sens large et inclut le nom, l'origine, une photo, le statut social, familial ou professionnel ou d'autres données personnelles encore, comme la date de naissance, un numéro de compte ou un nom d'utilisateur. La disposition ne doit s'appliquer qu'à l'auteur qui agit dans l'intention de causer un dommage ou d'obtenir un avantage. Elle n'est pas réservée aux moyens de communication électroniques.
- 114 La nuisance causée par l'usurpation d'identité peut être de nature matérielle ou immatérielle et doit atteindre un certain degré pour que la disposition s'applique. La seule intention de causer de graves ennuis peut déjà être considérée comme une nuisance suffisante. Même si le bien juridique touché et les conséquences qui en découlent pour la victime ne sont pas forcément graves, il ne faut pas sous-estimer ni minimiser le danger que peut faire courir l'usurpation d'identité à l'ère numérique. Pour cette raison, la nouvelle infraction est considérée comme un délit, punie d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> FF 2020 7446.

<sup>133</sup> Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6742.

#### 2.4.2.4. Autonomie de décision

##### 2.4.2.4.1 En général

- 115 Les intermédiaires d'information peuvent traiter et publier des données personnelles, portant potentiellement atteinte à l'autodétermination informationnelle<sup>134</sup>. Le droit à l'autodétermination informelle préserve la faculté élémentaire des personnes physiques et morales d'entrer en relations les unes avec les autres, qu'il s'agisse de rapports sociaux ou juridiques, de droit public ou privé. Deux ou plusieurs personnes ne peuvent en effet établir et définir librement une relation entre elles que si elles y entrent en étant étrangères ou ignorantes l'une de l'autre, et réciproquement. D'où la nécessité contemporaine d'assurer que chaque personne puisse interagir avec les autres, sans devoir redouter ou constater que celles-ci sont omniscientes à son propos – à la manière de « *Big Brother [is watching you]* », dans le roman de Georges Orwell, « 1984 »<sup>135</sup>.
- 116 Les intermédiaires d'information peuvent également influencer sur la perception du contenu et la liberté de décision de la personne en manipulant le contenu, par exemple en donnant accès à de fausses informations (*fake news*) ou en visant une personne particulière dans le but de porter atteinte à son libre arbitre par le biais de menaces ou de contrainte, ou peu probablement de l'escroquerie<sup>136</sup>.

##### 2.4.2.4.2 Menaces et contrainte

- 117 Le Code pénal sanctionne la mise en danger concrète de la liberté notamment au travers des dispositions sur les menaces (art. 180 CP) et la contrainte (art. 181 CP).
- 118 L'art. 180 CP sanctionne celui qui, par une menace grave, aura alarmé ou effrayé une personne. Il sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'auteur et le lésé doivent être des personnes physiques<sup>137</sup>.
- 119 La menace est ici un délit en tant que tel et les biens juridiquement protégés sont le sentiment de sécurité et la paix intérieure. La réalisation de l'infraction implique que le lésé ait été effrayé ou alarmé, c'est-à-dire qu'il ait ressenti un sentiment de peur. Il n'est en revanche pas nécessaire que le lésé soit influencé dans sa volonté ou sa manière d'agir. La condamnation de l'auteur dépend donc

---

<sup>134</sup> Ces questions sont toutefois hors du champ de l'étude. Voir par exemple MEIER, N. 15 ss.

<sup>135</sup> DUBEY, N. 1849.

<sup>136</sup> Voir également LUBISHTANI / FLATTET.

<sup>137</sup> CR CP II-STOUDMANN, art. 180 N 2 et 3.

de la réalisation de deux conditions : il faut, d'une part, que l'auteur ait émis une menace grave et, d'autre part, que la victime ait été alarmée ou effrayée<sup>138</sup>.

- 120 Quant à l'art. 181 CP, il sanctionne celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte.
- 121 La contrainte exige, au plan objectif, un moyen illicite de contrainte, un comportement induit par la contrainte et un lien de causalité entre la contrainte et le comportement de la victime, ainsi que l'intention au plan subjectif. Cette infraction est poursuivie d'office et punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
- 122 La menace d'un dommage sérieux est un moyen illicite de contrainte. Elle est considérée comme réalisée lorsque la survenance de l'inconvénient dépend de la volonté de l'auteur et que sa possible réalisation est de nature à entraver le destinataire dans sa liberté de décision. On vise ici non seulement la simple mise en garde ou l'avertissement, mais une forme de pression psychologique qui peut, par exemple, consister en la perspective de porter atteinte à un bien particulier, comme la santé, mais aussi à des acquis immatériels tels l'avenir économique, les chances de carrière, l'honneur, la considération et l'intégrité d'une personne ou encore la réputation auprès de la clientèle d'une entreprise<sup>139</sup>.
- 123 La contrainte est un délit matériel et il faut que la contrainte exercée par l'auteur amène la victime à faire, à s'abstenir ou à tolérer, et ceci contre sa volonté. Il n'est pas nécessaire que la victime soit privée de tout libre arbitre, mais il suffit que l'une des étapes du processus de prise de décision soit altérée<sup>140</sup>. Sur le plan subjectif, il faut que l'auteur ait agi avec conscience et volonté, soit au moins qu'il ait accepté l'éventualité que le procédé illicite employé entrave le destinataire dans sa liberté de décision.
- 124 Si la menace est utilisée comme moyen de pression pour obliger autrui à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte, on retiendra seulement la contrainte (art. 181 CP), et cela même s'il s'agit seulement d'une menace sérieuse et pas d'une menace grave<sup>141</sup>. En revanche lorsque les menaces ne s'adressent pas à une personne, mais à la population et qu'elles portent sur la survenance d'un

---

<sup>138</sup> CR CP II-STOUDMANN, art. 180 N 1.

<sup>139</sup> CR CP II-FAVRE, art. 181 N 13.

<sup>140</sup> CR CP II-FAVRE, art. 181 N 22.

<sup>141</sup> ATF 99 IV 212, consid. 1b.

danger pour la vie, la santé ou la propriété, c'est la norme spéciale sur les menaces alarmant la population (art. 258 CP) qui s'applique<sup>142</sup>.

#### **2.4.2.4.3 Escroquerie**

- 125 Si le contenu est trompeur et que l'on est face à une tromperie astucieuse<sup>143</sup>, on peut envisager l'application de l'escroquerie (art. 146 CP). Cette infraction sanctionne celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers.
- 126 Les éléments constitutifs objectifs sont la tromperie<sup>144</sup>, l'astuce, l'erreur, l'acte préjudiciable aux intérêts pécuniaires et le dommage, réunis par un lien de causalité. Au niveau des éléments constitutifs subjectifs, il faut encore l'intention (le dol éventuel suffit), ainsi qu'un dessein d'enrichissement illégitime. L'auteur doit avoir le dessein de s'enrichir ou d'enrichir un tiers, mais l'infraction est réalisée dès que le dommage est causé, même s'il n'y a pas eu enrichissement.
- 127 Celui qui se rend coupable d'escroquerie peut être puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire, voire d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amendes au moins s'il agit par métier.
- 128 Si seul le dessein d'enrichissement fait défaut, on envisagera l'application de la disposition sur l'atteinte illicite aux intérêts pécuniaires d'autrui (art. 151 CP) qui sanctionne celui qui, sans dessein d'enrichissement, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et l'aura ainsi déterminée à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. La sanction est une peine privative de liberté de trois au plus ou une peine pécuniaire.

---

<sup>142</sup> Voir chapitre sur la paix publique (2.4.3.1).

<sup>143</sup> L'escroquerie n'est pas réalisée si la tromperie pouvait être déjouée avec un minimum d'attention ou de prudence. Pour être qualifiée d'astucieuse, l'auteur doit avoir agi avec un certain raffinement ou une rouerie particulière. L'astuce peut néanmoins déjà être réalisée lorsque l'auteur donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, si elle ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée (CR CP II-GARBARSKI / BORSODI, art. 146 N 33 et 39).

<sup>144</sup> La tromperie peut prendre la forme d'une affirmation fallacieuse, la dissimulation de faits vrais ou le fait de conforter la victime dans son erreur.

#### 2.4.2.5. Exposition à des contenus non désirés

- 129 L'individu est finalement protégé contre certains contenus, soit que la loi requiert une demande préalable de la personne qui y sera exposé (pornographie douce et *spam*), soit qu'elle interdise leur diffusion (pornographie dure et représentation de la violence).
- 130 L'art. 197 CP érige en infraction divers comportements en relation avec la pornographie. La diffusion de représentations pornographiques à la radio, à la télévision ou par Internet<sup>145</sup>, ou si elle est accessible à des enfants de moins 16 ans (al. 1) est sanctionnée sans qu'il soit nécessaire qu'un enfant prenne effectivement connaissance du matériel pornographique. Il suffit que l'offre s'adresse à un jeune ou même à un cercle indéterminé de personnes susceptibles de comprendre des enfants, si aucune mesure efficace n'est prise pour éviter que ceux-ci n'y accèdent réellement<sup>146</sup>.
- 131 L'al. 2 sanctionne ensuite l'imposition de la pornographie. Le bien juridiquement protégé est l'intérêt de tout individu à ne pas être confronté contre son gré à de la pornographie, ce qui relève de la protection de la sphère intime<sup>147</sup>. Le comportement réprimé est le fait d'exposer ou de montrer en public des objets ou représentations pornographiques, c'est-à-dire faire en sorte qu'ils soient perceptibles par un cercle indéterminé de personnes qui ne l'ont pas nécessairement souhaité<sup>148</sup>.
- 132 Quant à la pornographie dure, soit les objets ou représentations ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel avec des mineurs, toutes formes de diffusion et de consommation sont interdites (al. 4 et 5).
- 133 L'art. 135 CP interdit la représentation de la violence, comprise ici comme les actes de cruauté, avec insistance, envers des êtres humains ou des animaux, qui entraînent une atteinte grave à la dignité humaine. Cette disposition vise à éviter une banalisation de la violence<sup>149</sup> et à protéger celui qui ne

---

<sup>145</sup> ATF 131 IV 64, consid. 10.1.2, JdT 2007 IV 161.

<sup>146</sup> CR CP II-CAMBI FAVRE-BULLE, art. 197 N 26.

<sup>147</sup> CR CP II-CAMBI FAVRE-BULLE, art. 197 N 34.

<sup>148</sup> CR CP II-CAMBI FAVRE-BULLE, art. 197 N 36.

<sup>149</sup> Le visionnement de tels actes peut influencer le comportement, des jeunes en particulier, d'une manière nocive, à la fois pour eux et pour la société, dans la mesure où il y aurait lieu de craindre un phénomène d'incitation à un comportement brutal qui répèterait de telles scènes (CR-CP II-ROS, art. 135 N 5).

souhaite pas (ou ne supporterait pas) d'être exposé à des scènes de représentation d'une barbarie telle qu'elle serait préjudiciable à son psychisme<sup>150</sup>.

- 134 Tant la diffusion que la possession, au sens large, sont sanctionnés<sup>151</sup>. Un média est susceptible de réaliser l'infraction de représentation de la violence en tant que diffuseur d'un contenu répréhensible<sup>152</sup>.
- 135 Pour terminer ce qui concerne l'exposition à des contenus non désirés, l'envoi de publicité de masse au sens de l'art. 3 let. o LCD est considéré comme un agissement déloyal. Est sanctionné le fait d'envoyer ou de faire envoyer, par voie de télécommunication, de la publicité de masse n'ayant aucun lien direct avec une information demandée en omettant de requérir préalablement le consentement des clients, de mentionner correctement l'émetteur ou de les informer de leur droit de s'y opposer gratuitement et facilement. Lorsque l'envoi est fait auprès de clients dont les coordonnées ont été obtenues lors d'une précédente vente, leur consentement n'est pas nécessaire pour autant que cette publicité concerne des marchandises, œuvres et prestations propres analogues.

### **2.4.3. Protection de la collectivité**

#### **2.4.3.1. Paix publique**

- 136 L'individu est aussi protégé au travers de normes protégeant la collectivité dans son ensemble ou un groupe d'individus. L'art. 258 CP sanctionne ainsi celui qui aura jeté l'alarme dans la population par la menace ou l'annonce fallacieuse d'un danger pour la vie, la santé ou la propriété. Cette disposition vise à protéger la paix publique et plus particulièrement le sentiment de sécurité. Elle doit aussi protéger la confiance des individus dans le fait que des dangers collectifs concernant des biens juridiques individuels ne sont ni provoqués artificiellement ni faussement annoncés<sup>153</sup>.
- 137 Les éléments constitutifs objectifs sont la menace ou l'annonce fallacieuse, le danger pour la vie, la santé ou la propriété, et le fait de jeter l'alarme dans la population. L'infraction est intentionnelle et peut être sanctionnée par une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

---

<sup>150</sup> CR CP II-ROS, art. 135 N 3.

<sup>151</sup> Contrairement à la pornographie dure, la simple consommation sans possession, soit le fait de se laisser montrer des représentations de la violence sans possession, demeure non punissable (CR CP II-ROS, art. 135 N 33).

<sup>152</sup> CR CP II-ROS, art. 135 N 34 et 35.

<sup>153</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 1.

- 138 Tout acte de communication comportant un caractère de mise en garde, qui ne constitue toutefois pas une menace, est déjà constitutif d'une annonce fallacieuse lorsque le danger implicite est en réalité, selon la conception de l'auteur, inexistant<sup>154</sup>. N'est en revanche pas punissable celui qui annonce un danger qu'il tient pour réel.
- 139 La loi mentionne ensuite explicitement le danger pour la vie ou la santé. Le danger doit être suffisamment vraisemblable et important pour alarmer la population, ce qu'il convient de déterminer en fonction des circonstances du cas d'espèce<sup>155</sup>. Un danger collectif n'est pas exigé et il peut suffire que le danger porte sur un individu indéterminé dans un cercle de personne<sup>156</sup>. L'annonce fallacieuse doit encore créer l'alarme dans la population. Par alarme, on entend un sentiment d'insécurité. Les destinataires doivent sérieusement escompter que le danger se réalise ou sérieusement croire que le danger existe<sup>157</sup>.
- 140 Le CP ne définit pas la notion de population. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé qu'il faut tout d'abord entendre par population au sens de l'art. 258 CP, l'ensemble des habitants d'un lieu déterminé plus ou moins grand. Mais la notion de population englobe également l'ensemble des personnes qui se trouvent, comme représentantes du public, plutôt par hasard et pour un temps court dans un lieu déterminé, par exemple dans un magasin, dans un transport public ou dans un stade sportif<sup>158</sup>.
- 141 On relèvera qu'il s'agit d'une infraction de résultat, mais il n'est pas nécessaire que l'ensemble du public cible ait ressenti un sentiment d'insécurité. Il suffit au contraire que tel soit le cas pour la majorité d'entre eux, étant précisé que le public cible se définit en fonction du danger<sup>159</sup>. Finalement, le moyen utilisé pour diffuser la menace ou l'annonce fallacieuse est indifférent pourvu qu'il puisse atteindre un nombre indéterminé de personnes<sup>160</sup>.
- 142 L'art. 259 CP protège la société contre les individus qui cherchent à inciter d'autres personnes à commettre des crimes ou des délits violents et qui, par leur comportement, troublent le sentiment de sécurité de la population<sup>161</sup>. Celui qui aura provoqué publiquement à un crime sera puni d'une

---

<sup>154</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 5.

<sup>155</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 6.

<sup>156</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 8.

<sup>157</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 10.

<sup>158</sup> ATF 141 IV 215, consid. 2.3.4.

<sup>159</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 12.

<sup>160</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 258 N 13.

<sup>161</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 259 N 1.

peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). L'al. 1<sup>bis</sup> traite de la provocation publique au génocide et l'al. 2 de la provocation publique à un délit impliquant la violence contre autrui ou contre des biens.

- 143 La provocation est un comportement d'une certaine intensité qui soit apte à influencer d'autres personnes. Elle peut se faire par l'écrit, la parole, l'image ou le geste. Le moyen utilisé pour communiquer n'a pas d'importance<sup>162</sup>. Selon le Tribunal fédéral, une provocation peut être considérée comme publique lorsqu'elle peut être perçue par un nombre indéterminé de personnes ou par un grand nombre de personnes sans lien entre elles<sup>163</sup>. C'est le cas d'un affichage public, de tracts, d'un discours tenu devant une assemblée de personnes indéterminées, ou encore d'une publication dans les médias classiques ou électroniques<sup>164</sup>.
- 144 Il doit y avoir non seulement une provocation publique, mais elle doit concerner un crime ou un délit violent. Il n'est pas nécessaire que la déclaration indique expressément l'infraction qu'elle encourage. Il suffit que le destinataire non prévenu comprenne en prenant connaissance de l'appel quel crime ou délit violent on voudrait lui faire commettre, ce qui peut se déduire du contexte général de l'appel<sup>165</sup>. L'infraction est intentionnelle, mais il n'est pas nécessaire que l'auteur veuille la commission du crime ou du délit violent<sup>166</sup>.
- 145 La participation ou le soutien à une organisation criminelle est puni par l'art. 260<sup>ter</sup> CP d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Cette norme vise également à protéger la paix publique<sup>167</sup>.
- 146 La loi ne définit pas en tant que telle l'organisation criminelle. Cela permet d'appréhender la multitude des structures d'organisations et d'éviter que celles-ci ne s'adaptent pour se soustraire à une incrimination trop étroite. Toutefois, l'organisation criminelle se caractérise par trois éléments : l'existence d'une organisation, le secret sur sa structure et son effectif, et enfin son but criminel<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 259 N 2.

<sup>163</sup> ATF 111 IV 151, consid. 3, JdT 1985 IV 147.

<sup>164</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 259 N 5.

<sup>165</sup> ATF 111 IV 151, consid. 1a, JdT 1985 IV 147.

<sup>166</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 259 N 11.

<sup>167</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260<sup>ter</sup> N 3.

<sup>168</sup> CR CP II-LIVET / DOLIVO-BONVIN, art. 260<sup>ter</sup> N 4.

- 147 Les comportements punissables sont la participation ou le soutien. Le Tribunal fédéral<sup>169</sup> a jugé que l'État islamique est une organisation criminelle et qu'un individu très actif sur les réseaux sociaux en faisant de la propagande et en recrutant des personnes pour l'État islamique, tout en nouant des contacts étroits avec d'autres membres de l'organisation remplit les conditions de participation à une organisation criminelle. Cette dernière doit s'entendre de manière large, compte tenu du but de la norme et des deux alternatives qu'elle prévoit. Toute personne qui appartient « au cercle élargi » de l'organisation et qui est prête à recevoir des ordres et à s'engager pour celle-ci sur long terme remplit les conditions de cette infraction<sup>170</sup>.
- 148 Les discours de haine sont en particulier sanctionnés par les art. 261 CP (atteinte à la liberté de croyance et des cultes) et 261<sup>bis</sup> CP (discrimination). La protection de l'art. 261 CP vise les convictions d'autrui en matière religieuse. Doivent être prises en considération les atteintes aux convictions religieuses d'autrui suffisamment graves pour troubler simultanément la paix publique<sup>171</sup>. L'atteinte à la célébration religieuse est également sanctionnée dans cette disposition (al. 2), de même que la profanation d'un lieu ou d'un objet de culte (al. 3).
- 149 L'art. 261<sup>bis</sup> CP vise en premier lieu à protéger la dignité humaine des personnes victimes d'une forme de discrimination en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur appartenance sexuelle. Il protège en second lieu la paix publique, qui se trouve menacée par des actes pouvant conduire les uns contre les autres<sup>172</sup>. Pour être sanctionné, l'acte doit être considéré comme avoir été commis publiquement. Les comportements réprimés sont l'incitation publique à la haine ou à la discrimination (al. 1), la propagation publique d'idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique cette personne ou ce groupe de personnes (al. 2), l'organisation, l'encouragement ou la participation à une action de propagande (al. 3), le rabaissement et la discrimination publics (al. 4 1<sup>ère</sup> partie), la négation, la minimisation ou la justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité (al. 4 2<sup>e</sup> partie) et le refus d'une prestation (al. 5).

---

<sup>169</sup> ATF 143 IV 145.

<sup>170</sup> Simone SCHÜRCH, « La participation à une organisation criminelle d'un membre de l'Etat islamique », in : [www.lawinside.ch/465/](http://www.lawinside.ch/465/).

<sup>171</sup> CR CP II-MOREILLON, art. 261 CP N 8.

<sup>172</sup> CR CP II-MAZOU, art. 261<sup>bis</sup> CP N 3.

- 150 La question se pose de savoir si le cadre posé par les articles 261 et 261<sup>bis</sup> CP est suffisant pour lutter contre les propos haineux sur Internet<sup>173</sup>. Les discours de haine sur Internet sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions pénales applicables aux propos tenus dans le monde analogique. Bien que le mobile haineux ne constitue pas une circonstance aggravante, il doit être pris en compte par le juge pénal dans la mesure de la peine. Selon le Conseil fédéral, le dispositif législatif actuel assure une protection suffisante et il n'y a pas de nécessité de créer de nouvelles infractions pénales<sup>174</sup>.
- 151 À noter encore que lorsque la LRTV s'applique, son art. 4 pose un cadre plus strict que l'art. 261<sup>bis</sup> en matière de non-discrimination<sup>175</sup>.
- 152 La répression de la discrimination du fait d'un handicap n'est pas traitée dans le CP, mais dans une loi spéciale. Il s'agit de la LHand. Son art. 6 prévoit que les particuliers qui fournissent des prestations au public ne doivent pas traiter une personne handicapée de façon discriminatoire du fait de son handicap. Toute personne qui subit une discrimination au sens de l'art. 6 peut demander au tribunal le versement d'une indemnité (art. 8 LHand).

#### **2.4.3.2. Concurrence loyale**

- 153 Le fonctionnement des intermédiaires d'information se base sur un modèle économique où le choix du contenu affiché aux utilisateurs est l'œuvre de l'intermédiaire d'information. Ces choix « facilitent » la vie du consommateur, mais le privent également de sa libre capacité de se déterminer, au point d'être souvent manipulé<sup>176</sup>.
- 154 La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence (art. 1). Certaines pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont considérées comme illicites et peuvent faire l'objet d'actions de la part de toute personne dont l'accès à la concurrence est entravé (art. 7 LCart). Il y a

---

<sup>173</sup> Voir l'interpellation numéro 19.3787 « Comment le Conseil fédéral lutte-t-il contre les propos haineux sur Internet ? », déposée le 20 juin 2019 : .06.2019 : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193787>.

<sup>174</sup> Résumé de l'avis du Conseil fédéral du 28 août 2019 en réponse à l'interpellation numéro 19.3787 : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193787>.

<sup>175</sup> Selon l'art 4 al. 1 LRTV : « toute émission doit respecter les droits fondamentaux. Elle doit en particulier respecter la dignité humaine, ne pas être discriminatoire, ne pas contribuer à la haine raciale, ne pas porter atteinte à la moralité publique et ne pas faire l'apologie de la violence ni la banaliser. »

<sup>176</sup> Sur les notions, d'influence et de manipulation en ligne, voir SUSSER / ROESSLER / NISSENBAUM.

entrave lorsque l'entreprise en position dominante limite de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents actuels ou potentiels ou de certains de ses partenaires économiques<sup>177</sup>.

- 155 La publicité, comme d'autres formes de communication commerciale, étant une activité importante de la branche des médias, la question de la loyauté dans la communication commerciale bénéficie d'un intérêt particulier<sup>178</sup>. Une commission suisse a été fondée en 1966. La Commission suisse pour la loyauté, active dans le domaine de la communication est l'organisme d'autocontrôle de la publicité. Toute communication commerciale considérée comme déloyale peut y être dénoncée. La Commission suisse pour la loyauté se fonde sur la LCD et sur le Code consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale de la Chambre de commerce internationale (ICC), à partir desquels les Règles relatives à la loyauté dans la communication commerciale<sup>179</sup> ont été formulées.
- 156 L'art. 3 LCD réprime les méthodes déloyales de publicité et de vente et les autres comportements pouvant être considérés comme illicites. Selon l'art. 3 al. 1 let. a LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes. L'auteur du dénigrement n'est pas nécessairement celui qui en a conçu le contenu. Les médias et les journalistes ne sont pas exclus du champ d'application de cette disposition. Ceux-ci ne peuvent dès lors rapporter des propos dénigrants exprimés par un tiers sans examen critique<sup>180</sup>. La LCD peut également trouver application en ce qui concerne les intermédiaires d'information sous l'angle d'un manque de transparence dans leurs conditions générales. L'art. 8 LCD réprime de manière générale l'utilisation de conditions commerciales abusives<sup>181</sup>.
- 157 Au niveau européen, il existe depuis 2019 un Règlement 2019/1150 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne<sup>182</sup>. Il a pour objet de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en fixant les règles visant à garantir que

---

<sup>177</sup> MARTENET/ HEINEMANN, p. 124.

<sup>178</sup> Lien sur le site de l'OFS : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/culture-medias-societe-information-sport/medias/juridiques/loyaute-communication-commerciale.html>.

<sup>179</sup> Lien sur les Règles relatives à la loyauté dans la communication commerciale : [https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/SLK-Grundsatzte\\_FR-1.1.2019.pdf](https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/SLK-Grundsatzte_FR-1.1.2019.pdf).

<sup>180</sup> CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. a N 11.

<sup>181</sup> Selon l'art. 8 LCD, « 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. »

<sup>182</sup> Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 19 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne et les utilisateurs de sites Internet d'entreprise en relation avec des moteurs de recherche en ligne bénéficient d'une transparence appropriée, d'équité et de possibilité de recours efficaces (art. 1 al. 1). Sont des services d'intermédiation en ligne au sens de ce règlement les services de la société de l'information qui permettent aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs (que ces transactions soient ou non finalement conclues) et qui sont fournis aux entreprises utilisatrices sur la base de relations contractuelles entre le fournisseur de ces services et les entreprises utilisatrices (art. 2).

- 158 Les intermédiaires d'information au sens entendu dans la présente étude peuvent être considérés, en tout cas dans le cadre de certaines de leurs activités, comme des services d'intermédiation en ligne au sens de l'art. 2 du Règlement 2019/1150.
- 159 Les conditions générales des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne doivent respecter certains critères (art. 3). Doivent y être inclus notamment les principaux paramètres déterminant le classement, et les raisons justifiant l'importance relative de ces principaux paramètres par rapport aux autres paramètres (art. 5 al. 1).
- 160 Le Règlement 2019/1150 prévoit également que les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne mettent à disposition un système interne de traitement de plaintes émanant des entreprises utilisatrices (art. 11). Il doit être facilement accessible, gratuit et garantir un traitement dans un délai raisonnable. Les conditions générales doivent indiquer toutes les informations pertinentes relatives à l'accès à leur système interne de traitement des plaintes et à son fonctionnement (art. 11 al. 3).
- 161 Au final, il n'y a pas d'obligation absolue de montrer à tous les utilisateurs le même contenu. En revanche, il existe une obligation de ne pas faire de distorsion à la concurrence. Se pose dès lors la question de savoir si le fait d'afficher des contenus différents en fonction de l'utilisateur ne pourrait pas constituer une distorsion à la concurrence. Lorsqu'il s'agit de contenus à teneur commerciale et que la sélection du contenu a un effet sur le marché, un risque de distorsion peut exister. En ce qui concerne la problématique de la manipulation de la formation de l'opinion publique, l'influence ne concerne pas le marché mais la démocratie. Cette dernière mérite sans nul doute une protection au moins aussi élevée que le marché mais elle n'est pas prévue par la LCD.

- 162 De plus en plus de voix s'élèvent pour dénoncer la position dominante et certaines pratiques anti-concurrentielles des grands acteurs du web<sup>183</sup>. La Suisse n'est pas le seul État à se poser des questions sur les agissements de ces derniers et l'évolution est rapide dans ce domaine.
- 163 Le Congrès américain vient de publier un rapport sur la régulation des grandes entreprises technologiques, à savoir Google, Apple, Facebook et Amazon<sup>184</sup>. Les recommandations de la Commission judiciaire de la Chambre des représentants reposent sur trois grands piliers : rétablir la concurrence, appliquer la législation existante et renforcer les lois antitrust. On retrouve dès lors une proposition d'interdiction pour certaines plateformes d'opérer dans des secteurs d'activités adjacents, ainsi que de pratiquer du *self-preferencing*, c'est-à-dire de favoriser ses propres produits par rapport à ceux de ses concurrents.
- 164 Il est également mentionné que la législation américaine contient de nombreux textes qui interdisent les comportements anticoncurrentiels et qu'il est regrettable qu'elle soit mal appliquée. À titre d'exemple, les agences fédérales chargées de l'application du droit de la concurrence n'ont interdit aucune des 500 acquisitions faites par Google, Apple, Facebook et Amazon depuis 1998<sup>185</sup>. Toujours selon ce rapport américain, il faut donc renforcer la transparence et la responsabilité des agences. À noter que le 20 octobre 2020, le procureur général des États-Unis, ainsi que les procureurs généraux des États d'Arkansas, de Floride, de Géorgie, d'Indiana, du Kentucky, de la Louisiane, du Mississippi, du Missouri, du Montana, de la Caroline du Sud et du Texas ont ouvert action contre Google sur la base de la Section 2 du Sherman Act, lui reprochant une position dominante et des pratiques anti-concurrentielles<sup>186</sup>.
- 165 Le caractère très dominant des intermédiaires d'information, presque tous étrangers, n'est pas anodin et représente même un risque important pour la sphère publique. Une part non négligeable de l'information et de la communication des citoyens passe désormais par les réseaux sociaux qui se sont même intercalés, dans une certaine mesure tout au moins, entre les médias classiques et leurs publics. Si, pour l'essentiel, ils ne sont pas producteurs eux-mêmes d'information, ils jouent

---

<sup>183</sup> Voir par exemple Décision du Bundesgerichtshof (allemand) KVR 69/19 du 23 juin 2020 ; WYLIE Christopher, *Mindf\*ck: Cambridge Analytica and the Plot to Break America*, 2019.

<sup>184</sup> SUBCOMMITTEE.

<sup>185</sup> SUBCOMMITTEE, p. 392.

<sup>186</sup> Pour le détail, voir la plainte disponible à <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>.

désormais un rôle clé dans la sélection et la distribution de l'information vers le public<sup>187</sup>, au point de pouvoir contrôler quelle information, quand, comment et à qui elle est délivrée.

- 166 En protection des données, la LPD révisée introduit des règles en matière de décision individuelle automatisée. L'art. 21 al. 1 nLPD<sup>188</sup> prévoit que le responsable du traitement informe la personne concernée de toute décision qui est prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé et qui a des effets juridiques pour elle ou l'affecte de manière significative. En outre, si la personne concernée le demande, le responsable du traitement lui donne la possibilité de faire valoir son point de vue et la décision individuelle automatisée doit être revue par une personne physique (al. 2). On peut toutefois craindre que la sélection des informations présentées ne soit pas considérée comme affectant la personne de manière significative<sup>189</sup>.

#### **2.4.4. Protection de l'État**

##### **2.4.4.1. Délits contre la volonté populaire**

- 167 L'intervention du droit pénal dans le débat démocratique ne va pas forcément de soi. Or, face à une manipulation de l'information, le défi est par conséquent de taille, puisqu'il s'agit de ne pas entraver la liberté d'expression des intervenants, tout en garantissant dans le même temps l'intégrité des scrutins populaires<sup>190</sup>. La liberté d'expression constitue le fondement de tout État démocratique : permettant la libre formation de l'opinion, notamment de l'opinion politique, elle est indispensable au plein exercice de la démocratie<sup>191</sup>. De plus, la simple qualification d'une information comme fausse n'est déjà pas évidente<sup>192</sup>.
- 168 L'expression de la réelle volonté du peuple est mise à mal en présence d'une manipulation de l'information dans le cadre d'un scrutin populaire car on cherche à entraver la libre formation de la volonté populaire. Pourtant, la manipulation de l'information dans le cadre du débat démocratique ne tombe pas sous le coup des infractions des art. 279 ss CP. Aucune infraction n'est spécialement dédiée à la manipulation de l'information précédant une votation.

---

<sup>187</sup> Étude MASMEJAN, p. 26.

<sup>188</sup> FF 2020 7397.

<sup>189</sup> Contrairement par exemple à une décision refusant un prêt hypothécaire pour l'achat d'un immeuble.

<sup>190</sup> LUBISHTANI / FLATTET, p. 715.

<sup>191</sup> MARTENET / VON BÜREN, p. 72 et ATF cité (ATF 96 I 586).

<sup>192</sup> Voir notamment GAZAGNE-JAMMES, N. 8-11.

- 169 Les comportements que ces articles incriminent ne visent pas à défendre la sphère publique et l'exercice du débat démocratique de manière générale. Ils protègent seulement la volonté populaire dans le cadre limité de l'exercice du droit de vote, c'est-à-dire au moment du scrutin populaire, et pas la formation de la volonté populaire qui la précède forcément<sup>193</sup>.
- 170 La manipulation de la formation de l'opinion publique est une question d'actualité du plus grand intérêt. Le phénomène dénommé « *astroturfing* » consistant à utiliser des profils de réseaux sociaux ou des blogs de manière prétendument indépendante pour promouvoir un candidat(e) ou une opinion pose problème en particulier à l'approche de votes ou d'élections, au vu de l'influence que cela peut avoir sur la formation de l'opinion publique. La liberté de vote garantie par la Constitution impose aux autorités d'informer ou de rectifier les informations si, peu avant un vote, des acteurs privés diffusent des contenus manifestement faux ou mensongers. En ce qui concerne la propagande électorale déguisée sur les réseaux sociaux, l'État ne peut donc agir que dans la mesure où la dissimulation des véritables motivations sous-tendant des propos tenus sur les réseaux sociaux est susceptible d'induire les électeurs en erreur et où ces manœuvres se produisent peu avant un vote<sup>194</sup>.
- 171 Tant les autorités que des tiers interviennent dans le débat public en vue d'un scrutin. Si la liberté de vote limite les interventions des premières, elle ne vise que de manière très restreinte celle des seconds<sup>195</sup>. Compte tenu de l'importance capitale de la liberté d'expression, la violation de la liberté de vote par un particulier doit être admise avec une grande réserve. Selon MARTENET / VON BÜREN, si les autorités doivent observer, suivre et surveiller le débat public qui anime la société civile avant un scrutin afin de déceler d'éventuelles irrégularités, il ne leur appartient en aucune façon de diriger les débats et de participer activement aux controverses publiques comme le feraient des particuliers<sup>196</sup>.
- 172 La jurisprudence a cependant admis, bien avant que l'on ne parle de *fake news*, que les autorités ne pouvaient rester sans réagir lorsque que des informations grossièrement mensongères sont diffusées et qu'elles sont de nature à influencer sur l'issue du scrutin. Dans ce cas, les autorités peuvent et même doivent sortir de la réserve qui leur est impartie pour détromper les électeurs<sup>197</sup>. La question de l'information des électeurs est réglementée dans la Loi fédérale sur les droits politiques

---

<sup>193</sup> LUBISHTANI / FLATTET, pp. 716-717.

<sup>194</sup> Rapport médias sociaux, pp. 52-53.

<sup>195</sup> MARTENET / VON BÜREN, p. 57.

<sup>196</sup> MARTENET / VON BÜREN, pp. 76-77.

<sup>197</sup> Étude MASMEJAN, p. 22 et les références citées.

(LDP). Son art. 10a al. 2 prévoit notamment que le Conseil fédéral doit respecter les principes de l'exhaustivité, de l'objectivité, de la transparence et de la proportionnalité.

- 173 Quatre principes doivent être respectés par les autorités publiques en cas de diffusion d'informations : exhaustivité, objectivité, transparence et proportionnalité. L'exhaustivité impose aux autorités de communiquer aux citoyens toutes les informations utiles, ce qui n'inclut pas les informations d'importance mineure. Ces informations doivent être objectives. Tout langage émotif doit être évité. Les autorités ne doivent en revanche pas forcément rester neutres. En effet, elles sont en droit de recommander une position ou une autre. La communication doit être faite de la manière la plus transparente possible. Les autorités doivent respecter le principe général de la proportionnalité, en ne monopolisant pas le débat public avec une votation. Un dernier principe ressort de la jurisprudence : l'exactitude. Si les informations ne sont pas certaines, car basées sur des suppositions, les autorités doivent être prudentes et transparentes sur ce point<sup>198</sup>.
- 174 La protection de la libre formation de l'opinion des citoyens découlant de l'art. 34 al. 2 Cst. joue un rôle primordial dans le rôle que doivent tenir les autorités publiques. D'un côté, les citoyens ont besoin des informations de base en ce qui concerne l'objet des votations. De l'autre, cette information ne doit pas s'apparenter à de l'endoctrinement ou du paternalisme.
- 175 En résumé, selon BESSON / BOILLET, l'information par les autorités publiques est toujours prise entre le besoin de clarification du public et le danger de la manipulation<sup>199</sup>. Cela étant, une participation régulière des autorités publiques peut être une mesure importante contre la désinformation de la part d'acteurs privés. Il ne s'agit ici pas de réglementer ou empêcher les informations de la part des acteurs privés, mais de contrer cette désinformation avec une information correcte et compréhensible<sup>200</sup>.
- 176 Dans une certaine mesure, les autorités publiques s'adaptent à la transformation de la sphère publique par le biais des services de messagerie et des plateformes, quelques autorités utilisant par exemple Twitter. De manière générale, le recours aux réseaux sociaux se limitent à ce jour typiquement à des renvois sur les informations complémentaires disponibles en ligne, ce qui permet aux utilisateurs de quitter leur bulle d'information de temps à autre<sup>201</sup>. Ils peuvent ainsi prendre

---

<sup>198</sup> MARTENET, pp. 133-134.

<sup>199</sup> BESSON / BOILLET, p. 239.

<sup>200</sup> BESSON / BOILLET, pp. 240-241.

<sup>201</sup> BESSON / BOILLET, p. 242.

connaissance d'informations qui ne sont pas présélectionnées par un algorithme en fonction de leur personnalité.

- 177 Dans le domaine de la communication politique, les médias sociaux offrent de nouvelles possibilités d'expression et de mobilisation et permettent de mettre en valeur des informations provenant de différentes sources. Mais les médias sociaux peuvent aussi présenter des risques et influencer de manière occulte sur la formation de l'opinion publique<sup>202</sup>. Le risque d'influence des fausses informations et des robots sociaux sur la formation démocratique de l'opinion est reconnu<sup>203</sup>.
- 178 Dans une démocratie, il en va de l'intérêt public que les droits politiques puissent être librement exercés par les citoyens qui en ont la faculté en vue d'assurer l'expression de la réelle volonté du peuple. C'est pourquoi les art. 279 à 283 CP protègent la volonté populaire contre toute atteinte commise par violence ou menace d'un dommage sérieux, par corruption, par fraude ou par violation du secret de vote<sup>204</sup>.
- 179 L'art. 279 CP punit notamment celui qui, par la violence ou la menace d'un dommage sérieux, aura empêché ou troublé une réunion, une élection ou une votation organisée en vertu de la Constitution ou de la loi. Cette disposition protège les droits politiques exercés collectivement par les citoyens<sup>205</sup>. Les réunions, les élections et les votations sont protégées, de même que la quête et le dépôt des signatures destinées à appuyer une demande de referendum ou d'initiative. Le comportement punissable est l'empêchement ou le trouble, qui peut être partiel ou total. L'auteur n'est punissable que s'il agit par la violence ou par la menace d'un dommage sérieux, il n'est par exemple pas suffisant de troubler une réunion en se montrant simplement bruyant<sup>206</sup>.
- 180 La corruption électorale est sanctionnée par l'art. 281 CP. Sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura offert, promis, accordé ou fait tenir un don ou un autre avantage à un électeur, pour l'engager soit à exercer son droit de vote dans un sens déterminé, soit à donner ou à refuser son appui à une demande de référendum ou d'initiative ; celui qui aura offert, promis, accordé ou fait tenir un don ou un autre avantage à un électeur, afin qu'il s'abstienne de prendre part à une élection ou à une votation ; ou encore l'électeur qui se sera fait promettre ou accorder un tel avantage. Cette disposition protège l'exercice individuel des droits

---

<sup>202</sup> Rapport complémentaire médias sociaux, p. 11.

<sup>203</sup> Rapport complémentaire médias sociaux, p. 52.

<sup>204</sup> CR CP II-VON WURSTEMBERGER, art. 279-283 N 1 et 2.

<sup>205</sup> CR CP II-VON WURSTEMBERGER, art. 279 N 1.

<sup>206</sup> CR CP II-VON WURSTEMBERGER, art. 279 N 7.

politiques et par là, la volonté populaire<sup>207</sup>. La corruption électorale peut être active ou passive. Il s'agit d'une infraction intentionnelle dans les deux cas.

- 181 L'art. 283 CP traitant de la violation du secret de vote a la teneur suivante : « celui qui, par des procédés illicites, aura réussi à découvrir dans quel sens un ou plusieurs électeurs usent de leur droit de vote sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ». La violation de ce secret peut indirectement affecter le droit de l'électeur de former librement son choix politique lorsqu'il s'exprime par écrit sur son bulletin de vote. À cet égard, peu importe qu'il le transmette aux urnes, par correspondance ou par vote électronique<sup>208</sup>. Il suffit que l'auteur prenne connaissance de l'information, sans qu'il ne soit nécessaire qu'il la transmette ensuite à des tiers. En revanche, il n'y a pas violation du secret du vote lorsque l'électeur annonce lui-même dans quel sens il a voté<sup>209</sup>.
- 182 Pour que la volonté populaire puisse s'exprimer librement lors d'une votation, les autorités doivent informer de manière objective. Le scrutin est toutefois l'affaire des citoyens eux-mêmes, de la société civile et des forces qui la traversent et non de l'État lui-même. Les autorités ont un devoir de réserve, alors que les partis et les organisations politiques, syndicales, économiques ou associatives, ainsi que les particuliers, doivent être libres de s'engager autant qu'ils le veulent. La parole des acteurs privés avant un scrutin est dès lors libre et ils n'ont aucun devoir d'objectivité ni de véracité : ils sont couverts par la liberté d'expression<sup>210</sup>.

#### **2.4.4.2. Bon fonctionnement de l'État**

- 183 Le CP contient plusieurs dispositions sanctionnant la mise en danger de l'ordre constitutionnel (art. 275 à 275<sup>ter</sup> CP), la violation des devoirs militaires (art. 276 CP), l'espionnage (art. 272 à 274 CP), ainsi que des infractions de nature à compromettre les relations avec l'étranger (art. 296 à 302 CP).
- 184 L'atteinte à l'ordre constitutionnel est un délit de mise en danger abstraite qui n'exige la survenance d'aucun résultat (art. 275 CP). L'auteur est punissable dès qu'il adopte un comportement actif susceptible de troubler ou de modifier l'ordre constitutionnel fédéral ou cantonal ; il n'est donc pas nécessaire qu'il y parvienne concrètement<sup>211</sup>. Il y a trouble ou modification de l'ordre constitutionnel

---

<sup>207</sup> CR CP II-VON WURSTEMBERGER, art. 281 N 1.

<sup>208</sup> CR CP II-VON WURSTEMBERGER, art. 283 N 1.

<sup>209</sup> CR CP II-VON WURSTEMBERGER, art. 283 N 3 et 5.

<sup>210</sup> Étude MASMEJAN, pp. 21-22.

<sup>211</sup> CR CP II-GODEL, art. 275 N 5.

chaque fois que les autorités politiques instituées par la constitution auront été mises dans l'impossibilité d'exercer leurs pouvoirs<sup>212</sup>.

- 185 L'art. 275<sup>bis</sup> CP sanctionne la propagande subversive. Cette disposition a pour objectif de garantir la sécurité intérieure de la Suisse<sup>213</sup>. Elle réprime la communication ou publicité subversive dont le but est de renverser, par la violence, l'ordre institué par la Constitution. L'auteur veut nuire aux principes fondamentaux de l'État de droit, à savoir porter atteinte aux institutions politiques, au régime libéral, à la démocratie et au bon fonctionnement des institutions<sup>214</sup>. Faire de la propagande implique que l'auteur répande une idée pour rallier un destinataire à sa conviction ou le conforter dans son opinion préexistante. Pour ce faire, l'auteur fait de la publicité, par exemple, en distribuant des journaux ou des tracts, en collant des affiches, en tenant des discours publics, ou en usant des médias sociaux et d'Internet<sup>215</sup>.
- 186 La provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires sont sanctionnées par l'art. 276 CP qui punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura publiquement provoqué à la désobéissance à un ordre militaire, à une violation des devoirs de service, au refus de servir ou à la désertion, ou qui aura incité une personne astreinte au service à commettre une de ces infractions.
- 187 Cette disposition s'applique aux personnes civiles qui agissent en temps de paix et qui ne sont soumises ni au droit militaire, ni à la juridiction militaire<sup>216</sup>. Elle constitue une restriction à la liberté d'expression à l'égard de toute propagation antimilitariste, mais ne limite en aucune façon la liberté d'opinion et permet à tout un chacun de critiquer l'armée et de poursuivre ses buts par la voie politique<sup>217</sup>.
- 188 Ne tombent sous le coup de cette disposition que les propos qui sont, en raison de leur forme et de leur contenu, propres à influencer la volonté du destinataire et à l'engager à accomplir des actes déterminés<sup>218</sup>. La provocation publique et l'incitation à la violation des devoirs militaires sont des délits de mise en danger abstraite, qui n'exigent la survenance d'aucun résultat<sup>219</sup>. La provocation

---

<sup>212</sup> CR CP II-GODEL, art. 275 N 6 et 7.

<sup>213</sup> CR CP II-GODEL, art. 275<sup>bis</sup> N 1.

<sup>214</sup> CR CP II-GODEL, art. 275<sup>bis</sup> N 4.

<sup>215</sup> CR CP II-GODEL, art. 275<sup>bis</sup> N 7.

<sup>216</sup> CR CP II-GODEL, art. 276 N 3.

<sup>217</sup> CR CP II-GODEL, art. 276 N 2.

<sup>218</sup> Code pénal annoté, art. 276 n. 1.1.

<sup>219</sup> CR CP II-GODEL, art. 276 N 19.

publique peut être écrite ou exprimée oralement. La forme dans laquelle le propos antimilitariste est exprimé importe peu<sup>220</sup>.

- 189 L'espionnage par le biais d'un service de renseignements politiques est sanctionné par l'art. 272 CP. Les comportements visés par cette infraction sont l'exploitation ou l'organisation d'un service de renseignements, l'engagement d'autrui ou la favorisation de ces agissements<sup>221</sup>. L'auteur du comportement peut être suisse ou étranger, une personne privée ou un fonctionnaire<sup>222</sup>, et le destinataire du renseignement peut être un État étranger, un parti politique étranger ou une organisation étrangère<sup>223</sup>. Quant à l'entité ou les personnes visées, il peut s'agir de toute entité ou tout organisme étatique suisse, personnes physiques ou morales, ou encore des organisations internationales établies en Suisse<sup>224</sup>. En outre, il s'agit d'une infraction intentionnelle.
- 190 L'art. 273 CP sanctionne celui qui aura cherché à découvrir ou aura rendu accessible un secret de fabrication ou d'affaires à l'étranger. Cette disposition réprime à la fois l'espionnage de secrets et leur trahison<sup>225</sup>. L'art. 274 CP sanctionne celui qui aura recueilli des renseignements militaires dans l'intérêt de l'étranger et au préjudice de la Suisse, aura organisé un tel service, aura engagé autrui pour un tel service ou favorisé de tels agissements.
- 191 Plusieurs infractions visent les comportements de nature à compromettre les relations avec l'étranger. C'est notamment le cas de l'art. 296 CP qui punit celui qui, publiquement, aura outragé un État étranger. Cette disposition ne protège pas en première ligne les États étrangers, mais les intérêts de la Suisse à maintenir de bonnes relations avec l'étranger, intérêts qui pourraient être compromis par cette infraction. Le comportement réprimé est une infraction contre l'honneur<sup>226</sup>. L'outrage, soit une expression caractéristique du mépris, doit se diriger contre un État étranger<sup>227</sup> au travers d'un de ses représentants officiels et être public (c'est le cas par exemple lorsque le message est véhiculé par la presse écrite ou parlée)<sup>228</sup>. Au niveau subjectif, il s'agit d'une infraction

---

<sup>220</sup> CR CP II-GODEL, art. 276 N 22.

<sup>221</sup> CR CP II-FISCHER / RICHA, art. 272 N 10 à 13.

<sup>222</sup> CR CP II-FISCHER / RICHA, art. 272 N 15.

<sup>223</sup> CR CP II-FISCHER / RICHA, art. 272 N 16 à 18.

<sup>224</sup> CR CP II-FISCHER / RICHA, art. 272 N 21.

<sup>225</sup> CR CP II-FISCHER / RICHA, art. 273 N 1.

<sup>226</sup> CR CP II-PONCET, art. 296 N 1 et 2.

<sup>227</sup> Il doit donc s'agir d'un État reconnu comme tel par le droit international public et qui n'est pas la Suisse.

<sup>228</sup> CR CP II-PONCET, art. 296 N 6, 7, 8, 17 et 19.

intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant<sup>229</sup>. Les outrages à des institutions interétatiques<sup>230</sup> sont quant à eux punis par l'art. 297 CP.

- 192 L'art. 300 CP vise à protéger la neutralité de la Suisse en réprimant les actes d'hostilité contre un belligérant ou des troupes étrangères. L'objet de l'infraction est soit un belligérant, c'est-à-dire une partie à un conflit armé international en cours à l'égard duquel la Suisse est censée demeurer neutre, soit des troupes étrangères admises en Suisse<sup>231</sup>. Le comportement incriminé consiste à entreprendre ou à favoriser, et ce depuis le territoire helvétique, des actes d'hostilité. L'envoi d'armes tombe sous le coup de la disposition, mais pas des actes de propagande ou un soutien financier<sup>232</sup>.
- 193 La neutralité de la Suisse est également protégée par l'art. 301 CP qui sanctionne l'espionnage militaire au préjudice d'un État étranger. L'objet de l'infraction se définit comme des renseignements militaires relatifs à un État étranger. On précisera que la notion de renseignements militaires renvoie de façon large à différents types d'informations, non nécessairement secrètes, concernant les capacités de défense d'un État (effectifs en présence, état et disponibilité du matériel, etc.)<sup>233</sup>. Le comportement délictueux est le fait de recueillir des renseignements militaires ou d'organiser un service de renseignement militaire<sup>234</sup>.
- 194 Peut encore être mentionné ici l'art. 266 CP qui sanctionne celui qui commet un acte tendant à porter atteinte à l'indépendance de la Confédération ou à mettre en danger cette indépendance. L'application de cette disposition à un intermédiaire d'information paraît assez peu probable, même si elle n'est pas complètement exclue.

#### **2.4.5. Violation de secrets**

- 195 Les intermédiaires d'information peuvent publier sans droit des informations confidentielles couvertes par un secret. Il y a en particulier des normes sur le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP) et les débats officiels secrets (art. 293 CP).

---

<sup>229</sup> CR CP II-PONCET, art. 296 N 22.

<sup>230</sup> Par exemple l'ONU, l'UNESCO, l'OMS, l'OIT, etc. (CR CP II-PONCET, art. 297 N 4).

<sup>231</sup> CR CP II-PONCET, art. 297 N 5 et 6.

<sup>232</sup> CR CP II-PONCET, art. 297 N 7 et 8.

<sup>233</sup> CR CP II-DYENS, art. 301 N 5 et 6.

<sup>234</sup> CR CP II-DYENS, art. 301 N 7.

- 196 L'art. 321 CP qui sanctionne la violation du secret professionnel a un triple but : protéger la personne qui se confie, celle qui exerce la profession protégée et l'intérêt public à l'exercice de ces professions dans de bonnes conditions<sup>235</sup>. L'infraction ne peut être réalisée que par une personne appartenant à l'une des professions soumises au secret<sup>236</sup>.
- 197 L'art. 320 CP protège le secret de fonction qui doit permettre l'accomplissement sans entrave des tâches de l'État, mais vise aussi à protéger la sphère privée du citoyen. Il s'agit notamment d'éviter que les particuliers dont les données sont traitées par une autorité ou une entité publique ne subissent des indiscretions préjudiciables à leurs intérêts légitimes<sup>237</sup>.
- 198 L'art. 320 ch. 1 CP punit le fonctionnaire ou le membre d'une autorité qui révèle un fait secret dont il a eu connaissance dans le cadre de sa fonction d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La révélation demeure punissable même si la charge ou l'emploi a pris fin, mais elle n'est pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (ch. 2).
- 199 L'art. 293 CP concerne le cas particulier de la publication de débats officiels secrets. Cette disposition dispose que celui qui aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité conformément à la loi, sera puni d'une amende (al. 1). La complicité est punissable (al. 2), mais l'acte n'est en revanche pas punissable si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication (al. 3). La nouvelle teneur de cette disposition entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2018 permet désormais de respecter la jurisprudence de la CourEDH en permettant aux autorités judiciaires de mettre en balance l'intérêt au maintien du secret et les intérêts opposés commandant une information du public<sup>238</sup>.
- 200 Le bien juridiquement protégé est principalement le processus de formation de la volonté des autorités contre les perturbations extérieures. Les membres d'un gouvernement, d'une autorité administrative ou judiciaire doivent, dans le cadre de ce processus, pouvoir librement poser des questions, exprimer leurs propositions, critiques, doutes, etc. La disposition vise ainsi plus à protéger

---

<sup>235</sup> Code pénal annoté, art. 321 n. 1.1.

<sup>236</sup> Soit les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du CO, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que leurs auxiliaires, et dans certains cas les étudiants.

<sup>237</sup> CORBOZ, p. 738 ; CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 5.

<sup>238</sup> FF 2016 7106.

la « sphère privée » des autorités que les informations elles-mêmes, qui ne sont protégées qu'indirectement<sup>239</sup>.

- 201 Le comportement punissable typique consiste à divulguer l'information secrète à un cercle de personnes plus large que celui qui peut y avoir accès. Peu importe le moyen utilisé. On peut ainsi notamment songer à une publication par le biais des médias<sup>240</sup>. Pour que l'infraction soit réalisée, la publication doit concerner des actes, une instruction ou des débats émanant d'une autorité<sup>241</sup>. L'information doit avoir été déclarée secrète par la loi ou une décision d'une autorité et doit avoir été rendue accessible à un grand nombre de personnes. En outre, l'auteur doit avoir la conscience et la volonté de divulguer un secret<sup>242</sup>.

#### **2.4.6. Protection des mineurs**

- 202 Les enfants et les adolescents sont considérés comme des personnes ayant des besoins de protection particuliers. Les situations potentiellement problématiques pour les enfants et les jeunes peuvent être systématisées et classées par ordre de priorité. Il s'agit des risques liés aux contenus standardisés, de ceux liés à des contacts personnels directs avec des fournisseurs, de ceux liés à des contacts personnels avec des tiers et des actions problématiques de l'enfant.<sup>243</sup>
- 203 Une récente étude effectuée par Monitoring médias Suisse, dont les résultats ont été publiés par l'OFCOM, démontre que les réseaux sociaux et les médias d'information en ligne exercent une influence toujours plus grande sur la formation de l'opinion, en particulier des jeunes<sup>244</sup>.
- 204 Il existe une volonté de mieux protéger les mineurs contre les contenus médiatiques inappropriés, notamment les représentations de violence ou de sexe. Un projet de loi fédérale sur la protection des mineurs en matière de films et de jeux vidéo a d'ailleurs été adopté par le Conseil fédéral le 11 septembre 2020 (P-LPMFJ)<sup>245</sup>. L'idée est également d'harmoniser les obligations avec ce qui est prévu dans la directive européenne 2018/1808 « Services de médias audiovisuels ». Les prestataires de services à la demande et de services de plateforme seront tenus de mettre en place un système

---

<sup>239</sup> FF 2016 7108.

<sup>240</sup> CR CP II-BICHOVSKY, art. 293 N 13.

<sup>241</sup> C'est-à-dire un organe de l'État qui exerce des tâches relevant de la puissance publique, que ce soit au niveau fédéral, cantonal ou communal, et qu'il s'agisse d'une autorité judiciaire ou administrative.

<sup>242</sup> FF 2016 7113.

<sup>243</sup> Rapport complémentaire médias sociaux, pp. 41-42.

<sup>244</sup> Voir le communiqué de presse du 29 septembre 2020 sur le site de l'OFCOM : <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-80530.html>.

<sup>245</sup> FF 2020 7907 (Message) et FF 2020 7999 (P-LPMFJ).

de contrôle de l'âge. Les portails vidéo devront proposer un système de contrôle parental et les services de plateforme devront offrir aux parents la possibilité de signaler des contenus non adaptés aux personnes mineures.

- 205 La protection vise aussi les contenus de films et de jeux vidéo non adaptés à leur âge et susceptibles de porter préjudice à leur développement. Les indications de limite d'âge et les contrôles de l'âge pour les films et les jeux vidéo y sont uniformisés dans l'ensemble du pays. Les fournisseurs de plateformes d'hébergement de vidéos ou de jeux vidéo devront également se conformer à des obligations légales en matière de protection des mineurs, notamment l'indication de l'âge minimal et l'obligation d'effectuer des contrôles de l'âge. Le développement des systèmes de classification d'âge et des règles en matière d'indication de l'âge minimal et de contrôle de l'âge sont prévus par le biais de la co-régulation. L'élaboration de la réglementation relative à la protection des mineurs se fera par des organisations au sein desquels les acteurs des secteurs concernés se regrouperont. Puis, le Conseil fédéral sera en mesure de déclarer cette réglementation de force obligatoire. Le Conseil fédéral pourra édicter lui-même les prescriptions nécessaires si aucune réglementation n'a été déclarée de force obligation dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.
- 206 La LRTV contient une disposition visant à protéger les mineurs contre des émissions qui leur seraient préjudiciables. Selon l'art. 5 LRTV, les diffuseurs doivent veiller à ce que les mineurs ne soient pas exposés à des émissions susceptibles de porter préjudice à leur épanouissement physique, psychique, moral ou social, en fixant l'horaire de diffusion de manière adéquate ou en prenant d'autres mesures. L'ordonnance d'application (art. 4) précise encore que les émissions susceptibles de porter atteinte aux mineurs doivent être signalé au moyen d'un signal acoustique ou d'un symbole optique et que, en cas d'abonnement, des mesures techniques adéquates doivent permettre d'empêcher les mineurs d'accéder à de telles émissions. Tombent sous le coup de l'art. 5 LRTV les émissions qui incitent à la violence, qui montrent des représentations cruelles prônant la brutalité gratuite ou qui, de n'importe quelle autre manière, sont propres à léser gravement la moralité des enfants et des adolescents. Il en va ainsi de la diffusion, lors du journal télévisé de la RTS « 19h30 », d'extraits de films d'horreur<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> WERLY, p. 41.

### 3. Appréciation et recommandations

#### 3.1. Appréciation générale

- 207 De manière générale, l'évaluation de la législation actuelle a montré que de nombreuses normes impératives s'appliquent aux intermédiaires d'information dans les domaines qui concernent la sphère publique.
- 208 Les intermédiaires d'information n'évoluent pas dans une zone de non-droit et il n'y a pas de lacunes systématiques. Les intermédiaires d'information sont soumis aux règles générales de droit commun. Les différentes limites et conditions d'application de chacune des règles sont mentionnées dans le chapitre consacré à l'état de la législation et elles ne seront pas reprises par souci de lisibilité. Quelques difficultés de mise en œuvre pratique de ces normes seront toutefois traitées plus loin (3.2).
- 209 Globalement, on peut retenir que la protection de l'individu est plutôt bien assurée, qu'il s'agisse d'atteinte à la personnalité, à la réputation, voire d'exposition à du contenu non sollicité. La protection de l'intérêt collectif est moins bien encadrée, en particulier l'intérêt pour la société démocratique de pouvoir jouir d'une sphère publique qui fonctionne correctement et où des débats peuvent se dérouler librement.
- 210 Cela s'explique d'abord par le fait que la sphère publique au sens précité n'est pas un bien juridiquement protégé en droit pénal, ni même une notion juridique clairement définie. Cela s'explique ensuite par le fait que le respect de la liberté d'expression, que l'État doit tout à la fois garantir et protéger<sup>247</sup>, rend toute mesure législative délicate. En effet, si des règles trop strictes sont édictées par l'État, le risque de tomber dans un contrôle de la pensée unique prend forme. Dans l'hypothèse où l'État lui-même procéderait aux choix concernant les critères sur ce qui peut être publié ou non, cela conduirait à une restriction de la liberté d'expression potentiellement inacceptable. Une société démocratique a besoin d'un débat ouvert au sein de la sphère publique, c'est-à-dire un espace où chacun peut s'exprimer, y compris en énonçant des éléments qui pourraient déplaire à l'État. En conséquence, il pourrait s'avérer problématique si les critères de ce qui peut être dit ou non étaient exclusivement en mains de l'État. À l'inverse, une absence totale de contrôle pour permettre une liberté d'expression illimitée ne serait pas non plus acceptable en

---

<sup>247</sup> Art. 16 Cst.

raison des dérives qu'elle emporte<sup>248</sup>. Des mesures positives de l'État pour favoriser et permettre l'exercice de la liberté d'expression sont au contraire nécessaires.

- 211 La question de la responsabilité civile et pénale des médias sociaux, fournisseurs de services Internet et autres prestataires a été largement examinée et discutée en droit suisse au cours des dernières décennies<sup>249</sup>. Cela s'applique aussi de manière satisfaisante aux intermédiaires d'information.
- 212 Au niveau pénal, le régime actuel offre des moyens suffisants, notamment par le biais des règles en matière de complicité<sup>250</sup>. La situation est un peu plus compliquée du point de vue de la responsabilité civile.
- 213 Contrairement au droit pénal où il est parfois possible pour le particulier d'ouvrir action sans avoir pu préalablement identifier l'auteur (plainte contre inconnu), il n'est pas possible d'ouvrir une action civile contre inconnu. Toutefois, en matière d'atteinte à la personnalité, l'action en cessation qui peut être introduite contre tout participant a néanmoins montré son efficacité<sup>251</sup>. Les moyens civils en cessation du trouble pour protéger la sphère publique sont en revanche insuffisants et devraient être complétés.
- 214 L'atteinte à la sphère publique n'est actuellement pas protégée par l'art. 28 CC, puisqu'il ne s'agit pas d'un élément faisant partie de la personnalité d'un individu en particulier, mais plutôt d'un bien commun<sup>252</sup>. Il serait alors judicieux d'étendre cette possibilité d'action en cessation du trouble en faveur de la sphère publique, d'une manière ou d'une autre<sup>253</sup>.
- 215 En outre, plusieurs situations ne violent pas le droit pénal, voire ne sont pas non plus illicites au regard du droit civil, mais représentent néanmoins un risque important pour la sphère publique.
- 216 Premièrement, les algorithmes utilisés pour sélectionner et hiérarchiser les contenus en fonction de chaque utilisateur peuvent créer des « bulles de filtre » et des « chambres d'écho » enfermant les internautes et empêchant tout débat nécessaire à la démocratie. Ils ne voient ainsi plus qu'un contenu présélectionné qui correspond à leurs attentes et leurs idées, renforçant leurs croyances

---

<sup>248</sup> Cela ressemble plus au régime nord-américain, mais ne correspond pas à la tradition continentale qui privilégie un équilibre, dans le respect des limitations nécessaires dans une société démocratique.

<sup>249</sup> Voir les différents rapports du Conseil fédéral cités notamment dans les chapitres sur la punissabilité des médias (2.2.5) et sur la responsabilité des intermédiaires d'information (2.3.2).

<sup>250</sup> Art. 25 CP.

<sup>251</sup> Elle permet d'agir contre un participant connu, que l'auteur soit connu ou inconnu.

<sup>252</sup> Il semble difficile de retenir qu'il y a systématiquement une atteinte à la personnalité en raison d'une atteinte à la sphère publique à laquelle l'intermédiaire d'information participe ou pourrait participer.

<sup>253</sup> Voir chapitre sur la cessation de l'atteinte (3.3.3).

et réduisant toute remise en question et débats d'idées. Les intermédiaires d'information, mais aussi certains utilisateurs peuvent contribuer à de telles bulles en recourant à des contenus sponsorisés et des faux comptes.

- 217 Deuxièmement, quelques intermédiaires d'information étrangers jouent désormais un rôle clé dans la sélection et la distribution de l'information vers les citoyens, avec la possibilité de décider du contenu auquel ils pourront accéder. Le fait que le pouvoir de sélectionner et de contrôler l'information soit détenu par quelques personnes représente un risque important pour la démocratie. Ce risque est encore accentué quand ces personnes ont une position très dominante, voire anti-concurrentielle, sur de nombreux marchés.
- 218 Troisièmement, la prolifération d'informations fausses (*fake news*) influence la formation de l'opinion publique. La principale difficulté réside dans le fait qu'il n'y a pas de contrôle de l'information, alors même qu'un tel contrôle serait contraire à la liberté d'expression.
- 219 La plupart de ces comportements ne portent pas atteinte directement à un bien juridiquement protégé pénalement, ce qui ne les rend pas admissibles pour autant. Il est difficile de mettre en place une interdiction absolue, mais il est au moins nécessaire de réduire leur impact.
- 220 Sur la base de ce qui précède, nous élaborons dans les chapitres qui suivent des recommandations en matière d'augmentation de la transparence de la part des intermédiaires d'information (3.3.4) et d'augmentation du contrôle par les utilisateurs eux-mêmes (3.3.5). Nos propositions portent également sur le non-affaiblissement de la liberté d'expression (3.3.1), l'absence de nécessité d'édicter une loi spéciale (3.3.2), l'extension de l'action en cessation de l'atteinte (3.3.3), ainsi que sur le soutien aux médias (3.3.6) et la sensibilisation du public sur la manipulation qu'il subit potentiellement par le biais des intermédiaires d'information (3.3.7).

### **3.2. Difficultés de mise en œuvre**

- 221 Avant de former des recommandations, il est important de se rappeler les difficultés et les limites à l'application du droit actuel. Pour cette raison également, il est fondamental de ne pas se limiter à des mesures juridiques, mais également d'améliorer, pour les utilisateurs, la formation et la compréhension des enjeux, du fonctionnement et des risques que représentent et créent les intermédiaires d'information.
- 222 Aucune statistique ou étude empirique ne permet de connaître le nombre de cas d'atteinte à la sphère publique, ni même la proportion de cas d'atteintes à la personnalité existant et portés devant les tribunaux.

- 223 Il est en revanche connu et généralement admis qu'il est très difficile pour le citoyen (et parfois les autorités<sup>254</sup>) d'entrer en contact avec les intermédiaires d'information. Les raisons en sont diverses : la taille des entités concernées, leur organisation et/ou probablement un net manque de volonté de leur part. Même si certains proposent des outils en lignes ou des formulaires de contact faciles d'accès sur leurs sites web, les réponses, souvent automatisées, laissent à désirer.
- 224 En pratique, non seulement contacter et se faire entendre par les intermédiaires d'information n'est pas toujours aisé, mais il peut s'avérer particulièrement délicat d'être en mesure d'ouvrir des actions civiles ou pénales à l'encontre des intermédiaires d'information situés à l'étranger. La question du droit applicable à des acteurs qui agissent le plus souvent depuis l'étranger se pose de manière très concrète. On applique souvent le droit du pays d'origine, soit celui dans lequel l'exploitant de l'intermédiaire d'information a son siège social. Dans certains cas toutefois, on appliquera le droit du « pays de destination »<sup>255</sup> ou du lieu de « résultat ». C'est notamment le cas en droit pénal ou en matière de protection de la personnalité.
- 225 Plusieurs lois récentes vont dans ce sens de manière explicite. Le Règlement européen de protection des données (RGPD) prévoit par exemple à son art. 3 une application extraterritoriale, à certaines conditions, de ses règles. La nLPD quant à elle impose une obligation de nommer un représentant en Suisse dans certains cas.
- 226 Une autre difficulté réside dans le caractère non dissuasif des sanctions. Malheureusement, tant que les règles restent théoriques et que les sanctions sont inexistantes ou non dissuasives, par exemple car elles contiennent uniquement la suppression de tel ou tel contenu, cela ne va pas faire changer la façon dont les intermédiaires d'information fonctionnent. Il faut que les règles soient dissuasives pour inciter un comportement correct de la part des personnes visées par les obligations.
- 227 Lorsqu'il faut engager une procédure, la question de la qualité pour agir est déterminante. Pour les atteintes à la personnalité, l'individu concerné peut ouvrir action. Comme évoqué précédemment, la situation est plus difficile pour la collectivité<sup>256</sup>. Il n'existe aucune autorité qui serait habilitée à agir au nom de la protection de la sphère publique. La solution passant par un collectif de citoyens semble également peu probable. De plus, les normes pénales sont limitées.

---

<sup>254</sup> Les quatre comptes Twitter de l'OFCOM ont par exemple été bloqués pendant dix jours en octobre 2020, sans que l'OFCOM ne reçoive d'informations de Twitter (dépêche ATS du 6 octobre 2020).

<sup>255</sup> Étude MASMEJAN, p. 23 et les références citées.

<sup>256</sup> Voir chapitre sur notre appréciation générale (3.1).

- 228 La question de savoir s'il faudrait donner à un magistrat, par exemple un procureur, la possibilité d'agir également au civil au nom de l'État ne doit pas être exclue d'emblée. Elle devrait faire l'objet d'une réflexion approfondie, qui va malheureusement bien au-delà de la présente étude.
- 229 À cela s'ajoute la question des coûts liés à la procédure (frais judiciaires, frais de son mandataire, dépens, expertises techniques, etc.). Ceux-ci étant importants, ils représentent souvent un caractère dissuasif à l'ouverture d'une procédure. Afin de simplifier la mise en œuvre procédurale, les frais de justice sont par exemple supprimés dans certaines procédures et domaines du droit (actions civiles relevant de la protection des données<sup>257</sup>, procédures découlant de la loi sur l'égalité, procédure en matière de droit du travail jusqu'à une valeur litigieuse de 30 000 francs, etc.). Une telle mesure n'est toutefois pas suffisante car face à la puissance des intermédiaires d'information, le risque qu'ils compliquent et fassent durer la procédure pour épuiser le demandeur est bien réel.
- 230 Au vu de tous ces éléments, l'ouverture d'actions contre les intermédiaires d'information présente donc des embûches non négligeables, qu'il faudra bien prendre en compte dans la mise en place de nouvelles mesures<sup>258</sup>.

### **3.3. Recommandations**

#### **3.3.1. Importance des droits fondamentaux**

- 231 Bien que la question des droits fondamentaux ne fasse pas partie de la présente étude, il est essentiel de rappeler leur importance, pour souligner que les actions étatiques ne doivent pas restreindre la liberté d'expression (au-delà de ce qui est strictement nécessaire dans une société démocratique), mais également que l'État doit prendre les mesures nécessaires pour permettre l'exercice de la liberté d'expression et d'information.
- 232 La CourEDH a relevé qu'aujourd'hui Internet comptait parmi les moyens d'expression et de création d'information les plus importants sur les questions politiques ou d'intérêt général<sup>259</sup>. L'État doit prendre des mesures appropriées pour empêcher que des acteurs privés puissants, notamment économiquement, abusent de leur influence sur l'opinion publique<sup>260</sup>. Les intermédiaires d'information ont évidemment tout le potentiel nécessaire pour être ou devenir de tels acteurs.

---

<sup>257</sup> Selon la nLPD.

<sup>258</sup> Voir chapitre sur les recommandations (3.3).

<sup>259</sup> Affaire Ahmet Yildirim c. Turquie N° 3111/2010 du 18 décembre 2012.

<sup>260</sup> Rapport médias sociaux, p. 13.

- 233 MASMEJAN exclut malheureusement pour des raisons constitutionnelles toute idée d'étendre aux intermédiaires d'information une obligation de « refléter équitablement la diversité des opinions » comme celle imposée à la radio et à la télévision par l'art. 93 al. 2 Cst.<sup>261</sup>. Des obligations de transparence seraient en revanche conformes<sup>262</sup> et nous y reviendrions (3.3.4).
- 234 L'adoption d'une réglementation spécifique pour combattre la désinformation est une entreprise délicate. Comme le rappelle Jan Kleijssen, Directeur de la Société de l'information et de l'action contre la criminalité du Conseil de l'Europe : « *When we speak about freedom of expression today, we often hear a 'but' - and then mention is made of 'hate speech' and 'fake news' . At the Council of Europe, we believe that we have to be very careful with that 'but' after freedom of expression. We are talking about one of the most important foundations of democracy, one of the most important foundations of democratic security* »<sup>263</sup>.
- 235 Les organisations privées et les individus ne sont pas obligés par la Constitution de diffuser des informations vraies et précises. Ils sont en droit d'exagérer et, jusqu'à un certain point, de désinformer. Ils bénéficient de la liberté d'information garantie par l'art. 16 Cst. Dans des circonstances spécifiques, les autorités publiques doivent intervenir dans le but de corriger la désinformation. Elles bénéficient d'une marge d'appréciation pour déterminer quand une telle intervention est appropriée ou même nécessaire<sup>264</sup>.
- 236 La liberté d'expression ne doit en aucun cas être réduite au profit d'un contrôle. Le respect de cette liberté est important et des mesures doivent être prises pour la garantir. Il n'existe pas de solution idéale, un juste équilibre devant être maintenu. En principe, la désinformation seule ne doit pas être un motif suffisant pour restreindre la liberté. La possibilité de réfuter ou vérifier de manière appropriée la désinformation doit alors être considérée comme le critère décisif<sup>265</sup>. Il ne faudrait donc pas tellement chercher à interdire toute désinformation, mais sanctionner la désinformation qui a un but de manipulation et de manière générale réduire les effets négatifs de toute désinformation par le droit de proposer immédiatement une information différente et garantir les moyens de vérifier les faits.

---

<sup>261</sup> Étude MASMEJAN, p. 26.

<sup>262</sup> Étude MASMEJAN, p. 28.

<sup>263</sup> BESSON / BOILLET, pp. 250-251.

<sup>264</sup> MARTENET, pp. 142-143.

<sup>265</sup> MARTENET, p. 147.

### 3.3.2. Pas de loi spéciale pour les intermédiaires d'information

- 237 Comme cela a déjà été relevé à plusieurs reprises, il n'y a pas de lacunes telles qu'il faille adopter une loi spécifique aux intermédiaires d'information pour mieux protéger la sphère publique. Cette recommandation se justifie aussi parce qu'il n'y a pas de rôle ni de définition claire et juridiquement partagée de la notion d'intermédiaire d'information<sup>266</sup>. Cette définition légale n'est pas souhaitable. En adoptant une définition figée, il y a en effet un risque important que cela conduise à des lacunes pour tous ceux qui ne seraient pas ou plus dans le champ de la définition en raison de l'évolution technologique rapide qui caractérise ce domaine. À l'inverse une définition trop large n'aurait pas de sens si elle sert à fonder une loi spéciale.
- 238 Un régime d'exception pour les intermédiaires d'information n'est pas non plus souhaitable. Ils revêtent certes quelques particularités et leurs choix ont potentiellement un effet démultiplié, mais leur rôle sur la sphère publique n'est pas si fondamentalement différent qu'il faille les traiter différemment des autres acteurs<sup>267</sup>. Au contraire, les nouvelles règles envisagées pour les intermédiaires d'information devraient aussi être considérées pour toute personne ayant une influence sur la sphère publique.
- 239 L'échec de la loi sur les médias électroniques et les nombreuses discussions sur les notions de fournisseurs de services de télécommunication et les fournisseurs de communication dérivés dans la LTC et la LSCPT semblent également démontrer le terrain compliqué dans lequel les questions en lien avec la régulation des nouvelles technologies s'inscrivent.
- 240 En revanche, il serait utile d'examiner de manière plus approfondie le statut très dominant de ces intermédiaires d'information étrangers, à la fois sous l'angle du droit de la concurrence et leur impact sur les marchés, sous l'angle du droit de la protection des données et de leur impact sur les personnes, et sous l'angle du risque représenté pour les institutions. Cela va en effet bien au-delà du rôle des intermédiaires d'information sur la sphère publique. Il faudrait se demander à partir de quand une entreprise privée représente un risque pour la société et les institutions, à partir de quel moment elle devient hors de contrôle et peut, de fait, ne plus respecter les règles légales applicables sans être inquiétée.
- 241 L'absence de définition unanime de l'intermédiaire d'information n'est pas un problème en soi puisque la plupart des normes s'appliquent aujourd'hui en raison des actes ou de l'activité de ces intermédiaires et pas en raison de leur statut d'intermédiaire. Cela ne devrait pas créer une insécurité particulière du droit. Le manque de définition légale de la notion de médias n'empêche

---

<sup>266</sup> Voir chapitre sur la définition de la notion d'intermédiaires d'information (1.2.2).

<sup>267</sup> Cela n'empêche évidemment pas que l'une ou l'autre norme ne s'applique qu'aux intermédiaires d'information.

d'ailleurs pas une réglementation plutôt satisfaisante des médias, bien que des améliorations ponctuelles puissent évidemment être mises en place.

- 242 Comme pour les médias, le modèle d'un cadre juridique transversal est à même d'apporter rapidement des solutions et peut être maintenu. Les règles juridiques éparses sont pour l'essentiel suffisantes. Il faut toutefois rapidement nuancer les attentes que l'on peut avoir en matière de droit mou et d'autorégulation s'agissant des intermédiaires d'information, contrairement aux médias.
- 243 En effet, les règles déontologiques dont les journalistes se sont dotés reposent sur une communauté relativement organisée disposant d'une forte identité professionnelle et capable d'en respecter spontanément ou d'en faire respecter par elle-même les règles et l'esprit<sup>268</sup>. *A contrario*, ces règles ne s'appliquent pas et ne peuvent en l'état pas être imposées aux intermédiaires d'information, ni aux différents contributeurs non journalistes.
- 244 Rien n'empêcherait en théorie les intermédiaires d'information d'adopter leur propre code de déontologie, mais jusqu'à présent cela n'a pas été le cas. On peut douter que cela se produise prochainement vu les situations et les intérêts différents qui les caractérisent<sup>269</sup>.
- 245 Il faut aussi garder en tête les motivations différentes qui animent les journalistes et les intermédiaires d'information. Les premiers répondent (en partie du moins) à une motivation idéale et l'information est le cœur de leur activité, alors que les seconds ont des motivations exclusivement commerciales, motivées principalement par la vente de publicité, et l'information n'est présente dans leur activité que de manière collatérale : l'information intéressant la sphère publique n'est pas un but en soi, mais elle fait partie du contenu proposé et sponsorisé, comme n'importe quel autre contenu susceptible d'être sponsorisé (qu'il intéresse ou non la sphère publique, qu'il s'agisse ou non d'information).
- 246 L'autorégulation des plateformes peut évidemment être encouragée par l'État dans le but de préserver la liberté d'expression. En 2016, un code de conduite volontaire a été lancé par l'Union européenne, dans lequel les entreprises d'Internet principales s'engagent à prendre des mesures actives contre la diffusion de désinformation (détection de bots, blocage de faux comptes). Son implémentation n'est à ce jour pas jugée satisfaisante<sup>270</sup>. Certains auteurs estiment que la Suisse ne

---

<sup>268</sup> Étude MASMEJAN, p. 32.

<sup>269</sup> Voir Étude MASMEJAN, N. 95 et 97, et la réponse à la question 2.5 p. 43.

<sup>270</sup> HOLZNAGEL / HEMMERT-HALSWICK, pp. 166-167.

peut pas simplement observer les développements en la matière, ni se contenter de mesures d'autorégulation sans en contrôler la conformité<sup>271</sup>.

- 247 Ces mesures d'autorégulation sont évidemment nécessaires et bienvenues. Même si la LRTV ne semble pas applicable aux intermédiaires d'information<sup>272</sup>, ses règles pourraient servir d'inspiration dans le cadre de leur autorégulation.
- 248 Parmi les mesures d'autorégulation les plus courantes, on peut mentionner le retrait de contenu illégal, le signalement des fausses informations, la suppression des faux comptes et le développement d'outils d'intelligence artificielle pour traquer la désinformation.
- 249 Ces mesures sont l'expression de la responsabilité (juridique et éthique) que doivent assumer les intermédiaires d'information. Elles ne doivent toutefois pas se substituer à la justice civile et pénale. Une justice privée basée uniquement sur les choix des intermédiaires d'information n'est clairement pas souhaitable. Elle ne ferait que renforcer la position dominante et le pouvoir des intermédiaires d'information.
- 250 Aujourd'hui déjà, le risque de complicité au niveau pénal et l'obligation légale de cesser toute atteinte en tant que participant à une atteinte à la personnalité devraient déjà inciter les intermédiaires d'information à prendre leurs responsabilités et mettre en place de telles mesures d'autorégulation. Une augmentation et une facilitation des procédures judiciaires à leur encontre devrait également y contribuer, y compris potentiellement par des actions collectives. La jurisprudence sur le droit au référencement<sup>273</sup> a montré comment les moteurs de recherches et autres sites web se sont très vite adaptés.
- 251 Les intermédiaires d'information ne devraient donc pas avoir un statut spécial, qu'il s'agisse de bénéficier d'immunités ou de se substituer à la justice. Le *Digital Millennium Copyright Act*<sup>274</sup> américain est un exemple classique d'exemption de responsabilité des acteurs concernés s'ils remplissent certaines obligations spéciales. En l'espèce, les fournisseurs de services en ligne qui retirent des contenus suspectés de violer le droit d'auteur sont exonérés de responsabilité en la matière. Au niveau européen, l'art. 14 de la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique prévoit de son côté une absence de responsabilité de l'hébergeur s'il retire un contenu signalé.

---

<sup>271</sup> BESSON / BOILLET, pp. 248-249.

<sup>272</sup> Voir chapitre sur la législation sur la radio et la télévision (2.2.3).

<sup>273</sup> Arrêt CJUE C-131/12 du 13 mai 2014 (Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González).

<sup>274</sup> Public Law 105-304, October 28, 1998.

- 252 Cette obligation de retrait de contenu en cas de signalement est connue sous la notion de « *notice and take down* ». Elle peut se définir comme un système de réclamations, passablement repris chez nos voisins, qui permet aux utilisateurs d'indiquer un contenu illégal ou mensonger selon les conditions posées par la législation applicable, et d'imposer aux fournisseurs de services de retirer le contenu en question. Les exemples de ce qui a été introduit en Allemagne et en France en la matière sont repris ci-après.
- 253 L'Allemagne, par le biais de l'introduction de la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG), s'est dotée d'une approche permettant que des plaintes soient formulées contre un contenu illégal<sup>275</sup>. Des règles contraignantes sont prévues pour les entreprises technologiques privées, qui sont obligées de prévoir des procédures pour ce type de plaintes de la part des personnes privées. Il ne s'agit pas de recours judiciaires en tant que tels, les pouvoirs étant à la place transférés au secteur privé.
- 254 Le système de réclamations (§ 3 NetzDG) doit permettre de s'assurer que le fournisseur prend immédiatement note de la réclamation et vérifie si le contenu est illégal et doit être supprimé. La loi liste vingt-quatre infractions spécifiques, qui peuvent être réparties en quatre catégories : la sécurité étatique, l'ordre public, l'honneur personnel et la pornographie juvénile. Un contenu manifestement illégal doit être supprimé dans les 24 heures. Dans les autres cas, une période de sept jours ne doit en principe pas être dépassée. Si le système de réclamations n'est pas conforme aux exigences en la matière, une amende peut être prononcée contre les opérateurs de plateformes. L'amende peut s'élever jusqu'à 50 millions d'euros. Toutefois, l'amende n'est imposée que pour les « erreurs système ».
- 255 Le modèle allemand est intéressant, mais le risque que des contenus soient supprimés à tout va pour éviter une amende est bien réel. La liberté de s'exprimer s'en verrait restreinte et une perte à ce niveau-là n'est pas acceptable. La capacité de décider ce qui est légal et ce qui ne l'est pas est transférée à un acteur privé, ce qui ne nous apparaît pas comme une solution à suivre.
- 256 L'imposition d'amendes a d'ailleurs été critiquée, car cela conduirait à une attitude de censure de la part des réseaux sociaux, qui privilégieraient la suppression au risque de s'exposer à une amende. En outre, la loi est vue comme une violation de la liberté d'expression. En conséquence, la solution pourrait être pour le législateur d'introduire une procédure de « *put back* », qui permettrait de demander la remise d'un contenu qui aurait été retiré illégitimement<sup>276</sup>.
- 257 Cette solution pose alors le problème de définir qui décide de la remise en ligne du contenu, à savoir le réseau social en question ou un juge, ainsi que de savoir qui assume les frais de procédure. Si

---

<sup>275</sup> Toute information fausse n'est pas illégale.

<sup>276</sup> HOLZNAGEL / HEMMERT-HALSWICK, pp. 164-165.

l'intermédiaire d'information décide seul, cela ne change guère de la situation actuelle. Cela renforce son pouvoir plus que cela ne le responsabilise. S'il faut au contraire passer par un juge, la démarche sera souvent dissuasive pour celui qui doit agir, ce qui n'est pas non plus satisfaisant.

- 258 De son côté, l'art. 11 de la loi française relative à la lutte contre la manipulation de l'information<sup>277</sup> prévoit que les opérateurs de plateforme en ligne doivent mettre en œuvre des mesures en vue de lutter contre la diffusion de fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité de scrutins. Ils doivent également mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à leurs utilisateurs de signaler de telles informations.
- 259 Ce système de « *notice and take down* » a deux limites principales. Premièrement, il pousse les intermédiaires à retirer du contenu légitime lors qu'il est signalé, dans le but de s'exonérer de toute éventuelle responsabilité. Une procédure complémentaire, dite de « *put back* », permettant de réintroduire du contenu qui aurait été retiré à tort devrait donc être dans tous les cas mise en place. La procédure de « *put back* » présente toutefois elle aussi ses propres difficultés, telles que la détermination de qui décide si un contenu doit être réintroduit. Deuxièmement, le contenu pouvant être facilement réintroduit, une obligation de non-remise en ligne (« *stay down* ») devrait exister<sup>278</sup>. L'obligation de retirer les contenus est insuffisante si le même contenu est régulièrement remis sur le même serveur, car il faudrait à chaque fois faire une demande de retrait. Une obligation de « *stay down* » oblige de prendre les mesures nécessaires pour qu'un contenu retiré ne soit pas réintroduit. Se pose alors à nouveau la question de qui serait à même de trancher sur le bien-fondé ou non du retrait ou de la réintroduction.
- 260 Les solutions adoptées en Allemagne et en France ne sont pas parfaites et une reprise des obligations légales de « *notice and take down* » avec « *put back* », voire « *stay down* », en Suisse n'est pas recommandée. En effet, les intermédiaires d'information ne devraient pas bénéficier d'une d'immunité simplement parce qu'ils respectent leurs obligations légales. Ils se doivent de réagir, d'autant plus que leur contrôle est toujours plus grand sur le contenu. C'est donc plutôt vers une responsabilité propre en tant qu'auteur qu'il faut se diriger, ou en tant que média si on leur reconnaît de fait (ou de droit) une sorte de contrôle éditorial sur le contenu promu. Une telle approche n'est pas déraisonnable vu que leur contrôle sur le contenu et la manière dont il est sélectionné, mis en évidence et distribué est toujours plus important. C'est d'ailleurs en raison de ces efforts de sélection et de promotion que les médias passent par les intermédiaires d'information.
- 261 Bien qu'une loi spéciale ou un statut spécial à l'attention des intermédiaires d'informations ne soient pas recommandés, il n'empêche que différentes obligations doivent être intégrées par le législateur,

---

<sup>277</sup> LOI N° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

<sup>278</sup> La révision de la loi sur le droit d'auteur a par exemple introduit cette obligation (art. 39d LDA).

notamment relatives à la cessation de l'atteinte à l'encontre de la sphère publique, à la transparence et au contrôle. Ces nouvelles normes devraient être intégrées à différents textes législatifs existants, selon leur but, et en fonction du bien juridique concerné. Le fait de ne pas leur accorder un régime particulier ne signifie pas qu'ils ne doivent pas endosser une vraie responsabilité pour leurs activités, car bien qu'ils ne soient pas les auteurs des publications, ils ne sont pas pour autant passifs dans la sélection et la propagation de l'information.

### 3.3.3. Cessation de l'atteinte

- 262 Comme évoqué précédemment<sup>279</sup>, nous recommandons de renforcer la protection de la sphère publique par le biais de l'action en cessation de l'atteinte sur le modèle de ce que prévoit l'art. 28 CC pour la protection de la personnalité<sup>280</sup>.
- 263 Cette nouvelle norme doit servir à protéger un bien juridique collectif (et pas la personnalité d'un individu en particulier). Il faudrait alors reconnaître largement la qualité pour agir. Se pose néanmoins la question de savoir s'il faudrait justifier d'un intérêt particulier ou si toute personne pourrait agir. Le second cas peut faire craindre des demandes abusives, mais l'énergie nécessaire à la conduite d'un procès, même en procédure sommaire ou simplifiée, risque de suffire à éviter un encombrement des tribunaux. Le droit d'agir pourrait aussi être limité aux personnes directement concernées et aux associations ayant un intérêt (qu'il s'agisse d'un intérêt au débat démocratique comme les partis politiques ou une association en lien avec le sujet concerné)<sup>281</sup>. Il pourrait aussi être ouvert à un magistrat, qui agirait au civil au nom de l'État<sup>282</sup>. Cela permettrait de faire cesser (et donc retirer) non seulement des contenus clairement illicites, mais également des informations fausses, trompeuses ou présentées de manière manipulatrice lorsque cela met en danger la sphère publique.
- 264 L'introduction d'une nouvelle disposition dans la législation doit prévoir que toute personne qui participe au débat public a des responsabilités, en particulier celle de retirer du contenu portant atteinte à la sphère publique, ce retrait pouvant être imposé par un juge, tout en s'assurant de ne pas conduire à une interdiction de s'exprimer. Puisque le retrait ne donne pas une immunité en

---

<sup>279</sup> Voir chapitre sur notre appréciation générale (3.1).

<sup>280</sup> Pour des questions de systématique juridique, il paraît préférable de prévoir une nouvelle disposition plutôt que de modifier l'art. 28 CC.

<sup>281</sup> Il y a déjà des initiatives tel que le projet *Stop Hate Speech* : une communauté de bénévoles évalue les publications détectées par un algorithme numérique qui identifie les commentaires haineux sur les plateformes médiatiques et les réseaux sociaux et, le cas échéant, les bénévoles interviennent directement dans les discussions avec des contre-arguments ciblés (<https://stophatespeech.ch/fr/>).

<sup>282</sup> Voir n. 228 ci-dessus.

contrepartie, on peut s'attendre à ce que les intermédiaires d'information vérifient avant de retirer des publications. Il est d'ailleurs possible de considérer que le retrait sans raison d'un contenu est aussi une atteinte à la sphère publique et qu'il justifie une cessation de cette atteinte prenant alors la forme d'une remise en ligne du contenu, voire de sa promotion et de la communication du jugement.

- 265 L'art. 11 du Règlement (UE) 2019/1150 peut servir d'inspiration. Cette disposition prévoit une obligation, pour les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne en l'occurrence, de mettre en place un système interne de traitement des plaintes émanant des entreprises utilisatrices. Le système doit être facilement accessible et gratuit, et il doit garantir un traitement dans un délai raisonnable. Les différents aspects sur lesquels des plaintes peuvent être déposées y sont listés. Les fournisseurs se doivent de prendre dûment en considération les plaintes déposées et assurer le suivi éventuellement nécessaire afin de résoudre le problème soulevé de manière appropriée ; de traiter les plaintes rapidement et efficacement, en tenant compte de l'importance et de la complexité du problème soulevé ; et de communiquer au plaignant le résultat du processus de traitement interne de sa plainte, de manière personnalisée et dans une formulation claire et compréhensible. Toutes les informations pertinentes relatives à l'accès au système interne de traitement des plaintes et à son fonctionnement doivent se trouver dans les conditions générales des fournisseurs.
- 266 L'idée est ici plutôt de prévoir une action judiciaire qui s'apparenterait à la procédure de « *notice and take down* » allemande, mais dont la maîtrise ne serait pas en mains des intermédiaires d'information, mais de la justice civile. En cas de dépôt d'une action, un juge pourrait ordonner le retrait de la publication non seulement illicite, mais également mensongère. Une décision contraignant l'intermédiaire d'information à réintroduire un contenu retiré à tort ou lui imposant une obligation de non-remise en ligne pourrait également être rendue par le juge.
- 267 La question se pose de savoir si un juge civil ordinaire est l'instance la mieux placée pour traiter de ce type d'action. La mise sur pied d'une autorité indépendante pourrait aussi être envisagée au vu des intérêts particuliers en jeu. En outre, les délais judiciaires et autres difficultés de mises en œuvre évoquées précédemment<sup>283</sup> font pencher pour une solution qui correspondrait davantage à ce qui existe avec l'AIEP<sup>284</sup>. Cette autorité ne serait pas là pour imposer la vision de l'État, mais pour s'assurer de l'existence d'un espace de formation de l'opinion publique sain. Il faudrait en revanche que les décisions de cette autorité puissent être imposées aux intermédiaires d'information.
- 268 Il est important de souligner ici qu'il faut se demander si c'est bien l'atteinte à la sphère publique en tant que telle (et avec elle toutes les difficultés de définitions juridiques) qu'il faut protéger, ou s'il

---

<sup>283</sup> Voir chapitre sur les difficultés de mise en œuvre (3.2).

<sup>284</sup> Voir chapitre sur la législation sur la radio et la télévision (2.2.3).

ne serait pas préférable de déterminer des comportements non désirables à interdire, ce qui permettrait d'affiner la norme civile, mais aussi d'envisager une norme pénale. La norme pénale serait plus dissuasive pour les intermédiaires d'information, et ne nécessiterait pas qu'une personne en particulier ouvre une action puisque le ministère public pourrait agir d'office.

- 269 En parallèle, l'institution du droit de réponse devrait être complétée<sup>285</sup>. Premièrement, cela s'avère nécessaire pour que le droit de réponse s'applique aussi aux intermédiaires d'information. Une interprétation jurisprudentielle extensive est probablement envisageable, mais il serait préférable de l'ancrer dans la loi. Deuxièmement, le droit de réponse ne devrait pas être limité aux cas d'atteinte à la personnalité mais être également ouvert en cas d'atteinte à la sphère publique. Pourrait par exemple prétendre à un droit de réponse celui qui est touché au moins indirectement dans la formation de son opinion sur des sujets d'actualité, en raison du caractère illicite ou mensonger des informations diffusées.
- 270 Cela permettrait d'offrir une alternative au retrait complet d'une publication problématique. Plus précisément, un droit de réponse élargi pourrait être vu non seulement comme une alternative, mais également comme un élément de protection complémentaire.
- 271 L'étendue de la réponse devrait être courte pour éviter d'ouvrir la porte à des débats sans fin et des situations chaotiques, se contentant d'indiquer que les faits sont faux ou contestés, avec éventuellement une brève référence.
- 272 On pourrait également s'inspirer du droit de la protection des données. Sous l'angle du principe de l'exactitude, tout responsable du traitement doit s'assurer que les données traitées sont correctes et à jour. Lorsque la personne concernée affirme qu'elles sont fausses, mais qu'elle ne peut pas le prouver, il est possible pour elle d'exiger qu'il soit mentionné que les données en question sont contestées<sup>286</sup>. Une solution similaire pourrait être mise en place concernant les *fake news*.

#### **3.3.4. Augmenter la transparence**

- 273 L'augmentation de la transparence est une nécessité absolue dans le contexte de la réglementation des intermédiaires d'information. Le but d'imposer des mesures en matière de transparence est d'éviter (ou au moins réduire) la manipulation de l'opinion publique par les intermédiaires d'information en ne donnant accès qu'à certaines informations, à du contenu faux, ou à une

---

<sup>285</sup> Voir chapitre sur le droit de réponse (2.2.4).

<sup>286</sup> Selon l'art. 32 al. 3 nLPD, si l'exactitude ou l'inexactitude d'une donnée personnelle ne peut pas être établie, le demandeur peut requérir que l'on ajoute à la donnée la mention de son caractère litigieux.

sélection cachée des informations. La recherche a d'ailleurs démontré qu'il est plus efficace de créer un certain scepticisme en ce qui concerne la désinformation en assurant la transparence de sa source plutôt qu'en réfutant son contenu<sup>287</sup>.

- 274 Compte tenu de l'impact des algorithmes sur les contenus offerts aux utilisateurs et dès lors de leurs effets sur l'information du public, leur opacité est problématique. Les utilisateurs et le public en général n'ont aucun moyen de savoir selon quels critères et pourquoi les contenus qui leur parviennent ont été sélectionnés plutôt que d'autres. Les propositions visant à imposer aux plateformes un minimum de transparence sur le fonctionnement de leurs algorithmes se sont multipliées et peuvent prendre plusieurs formes<sup>288</sup>.
- 275 Quatre obligations différentes doivent être envisagées ici.
- 276 Premièrement, l'identification des intermédiaires d'information et de leurs rôles doit être rendue plus facile. Une obligation de renseigner comme celle prévue par l'art. 322 CP doit être envisagée.
- 277 Deuxièmement une obligation de pouvoir identifier l'auteur du contenu doit être introduite. Cela ne doit pas être vu comme une limitation de l'anonymat sur le web. Il faudra définir des modalités pour que chaque commentaire sur un forum ne doive pas être identifié, mais lorsque ce contenu est mis en évidence par un intermédiaire d'information et qu'il peut avoir un impact sur la sphère publique, l'auteur devrait être reconnaissable. Cela ne devrait pas poser de gros problèmes pour les réseaux sociaux qui connaissent déjà tous l'identité des abonnées et donc des auteurs des publications.
- 278 Troisièmement, une obligation de transparence doit être instaurée sur les modalités d'affichage du contenu diffusé. L'utilisateur doit savoir si tous les utilisateurs voient le même contenu et sinon pourquoi tel contenu est affiché plutôt qu'un autre. Cette obligation concerne chaque contenu. L'intermédiaire pourrait afficher à côté du contenu une option permettant de connaître les critères qui ont déclenché la promotion de ce contenu<sup>289</sup>. Une distinction entre les publications payantes et gratuites doit être imposée. Les utilisateurs devraient pouvoir savoir si un contenu qui leur est proposé est sponsorisé et cas échéant par qui<sup>290</sup>.
- 279 Seule une partie du problème est résolue par l'introduction du droit de faire revoir les décisions individuelles automatisées sur la base du droit de la protection des données. Il est nécessaire

---

<sup>287</sup> BESSON / BOILLET, pp. 250-251.

<sup>288</sup> Étude MASMEJAN, pp. 27-28.

<sup>289</sup> Par exemple, homme, blanc, 35-50 ans, qui a consulté une publicité bancaire à au moins deux reprises durant les trois dernières semaines.

<sup>290</sup> Dans le même sens, Étude MASMEJAN, pp. 27 et 28.

d'élargir cette possibilité d'avoir recours au regard d'une personne physique et non à des algorithmes uniquement également dans les cas où ladite décision n'a pas d'effets juridiques sur une personne donnée. Le Conseil fédéral a mentionné dans le message accompagnant le projet de révision de la loi introduisant ces dispositions que le but de permettre à la personne concernée de pouvoir faire valoir son point de vue en cas de décision individuelle automatisée prise à son encontre est entre autres d'éviter que le traitement de données soit effectué sur la base de données incomplètes, dépassées ou non pertinentes<sup>291</sup>.

- 280 Une personne qui est affectée de manière significative par une décision individuelle automatisée bénéficiera de certains droits. C'est le cas lorsqu'elle est durablement entravée sur le plan économique ou personnel, mais une simple nuisance ne suffit pas. Tout dépend des circonstances concrètes du cas particulier. Il faut en particulier tenir compte de l'importance du bien en question pour la personne concernée, de la durée des effets de la décision et de l'existence ou non d'une solution de remplacement<sup>292</sup>. Lorsque la décision individuelle automatisée ne produit pas d'effet juridique pour la personne concernée ou qu'elle ne l'affecte pas de manière significative, la personne ne sera pas informée ni ne pourra demander un contrôle humain. La décision pourrait néanmoins avoir un impact décisif sur la sphère publique.
- 281 Quatrièmement, la transparence devrait être renforcée concernant la promotion et la modération des contenus en général. Le droit suisse ne prévoit actuellement aucune autre norme encourageant la transparence de la part des intermédiaires d'information.
- 282 Au contraire, l'art. 14 de la loi française précitée impose aux opérateurs de plateforme en ligne qui recourent à des algorithmes de recommandation, classement ou référencement de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général de publier des statistiques agrégées sur leur fonctionnement. Doivent être mentionnées pour chaque contenu : la part d'accès direct, sans recours aux algorithmes de recommandation, classement ou référencement, ainsi que les parts d'accès indirects imputables, d'une part, à l'algorithme du moteur de recherche interne de la plateforme le cas échéant et, d'autre part, aux autres algorithmes de recommandation, classement ou référencement de la plateforme qui sont intervenus dans l'accès aux contenus. Ces statistiques sont publiées en ligne et accessibles à tous, dans un format libre et ouvert.
- 283 Les intermédiaires d'information devraient ainsi publier des statistiques générales sur leur fonctionnement et en particulier la sélection des informations. De plus, comme les médias de manière générale, devraient indiquer sur la base de quels critères généraux ils décident de maintenir

---

<sup>291</sup> FF 2017 6675.

<sup>292</sup> FF 2017 6674.

ou supprimer une information. Ces critères devraient être communiqués de manière abstraite ainsi que lors d'un retrait ou un refus de retrait à la suite d'un signalement.

- 284 Les intermédiaires d'information ne sont pas soumis en droit suisse à une obligation de démontrer, par la tenue d'un rapport d'activité, les mesures prises en faveur de la démocratie. En droit allemand, le § 2 NetzDG pose une obligation d'établir un rapport, en langue allemande, sur la façon dont les plaintes relatives à du contenu illégal sont traitées. Une telle obligation de fournir un rapport d'activité pourrait s'inspirer des rapports de transparence en matière de surveillance que de nombreux acteurs du web rédigent spontanément depuis plusieurs années.
- 285 Le rapport d'activité d'un intermédiaire d'information devrait par exemple contenir le nombre et le type de contenus retirés suite à des décisions judiciaires, le nombre de retraits spontanés effectués par l'intermédiaire d'information (et les critères sur la base desquels ces retraits ont été décidés), le nombre de contenus ayant été remis en ligne suite à une contestation justifiée de la part de l'auteur de la publication (ainsi que les motifs ayant justifié ce « *put back* »), etc.
- 286 Techniquement, une norme pourrait être introduite dans le CP, sur le modèle de l'art. 322 CP. Cette nouvelle disposition pénale s'adresserait non seulement aux intermédiaires d'information, mais la définition pourrait être assez large pour s'appliquer à toute personne qui propage de l'information. Toute personne concernée serait tenue d'indiquer les éléments suivants :
- ses coordonnées (au minimum l'adresse de son siège), ainsi que l'identité de son responsable et, le cas échéant, les coordonnées de son représentant en Suisse dans l'hypothèse où son siège se trouverait à l'étranger ;
  - l'auteur de la publication diffusée ;
  - des informations liées à la sélection de chaque contenu diffusé, sa qualification particulière éventuelle, à savoir s'il s'agit d'une publication commerciale, payante ou ciblée ;
  - à intervalles réguliers, publier un rapport général sur les contenus promus, supprimés, etc., ainsi que les critères utilisés.
- 287 Ces informations devraient être indiquées spontanément et par écrit à tous les utilisateurs. Il reviendrait au Conseil fédéral de préciser le contenu du rapport dans une ordonnance.

- 288 Il est impératif que cette norme sanctionne de manière dissuasive toute personne ayant commis une violation de ces obligations<sup>293</sup>. Il est envisageable de ne pas imposer les mêmes obligations à tous les intermédiaires d'information, mais de prévoir une taille ou une influence minimale pour y être soumis.

### **3.3.5. Augmenter le contrôle**

- 289 Le contrôle sur le contenu auquel a accès une personne est un élément fondamental. Tout utilisateur doit avoir la possibilité de s'opposer à une manipulation et/ou une sélection de l'information. Cela complète les obligations de transparence et doit permettre à l'utilisateur non seulement d'être informé dans une situation concrète d'une manipulation ou d'une influence, mais également de choisir s'il accepte ou non dans un cas concret cette influence.
- 290 Un droit à une information objective doit être assuré pour permettre le bon fonctionnement de la sphère publique. Cette question n'était pas très importante lorsque tous les citoyens avaient accès aux mêmes informations, aux mêmes programmes et aux mêmes journaux. Les réseaux sociaux ont contribué à créer des bulles et individualiser le contenu, pour le meilleur mais surtout le pire du point de vue de la sphère publique et du débat démocratique.
- 291 Le choix de pouvoir accéder à toutes les informations, et non uniquement à une présélection, doit être garanti par les intermédiaires d'information. En outre, ils ne devraient pas pouvoir interférer sur les sélections faites par les utilisateurs. Par exemple, si quelqu'un s'abonne à divers médias en ligne sur un réseau social, tous les articles de ces médias doivent apparaître sur son fil d'actualité et non pas uniquement ceux qui auraient été sélectionnés par la plateforme sur la base de critères obscurs, comme cela peut être le cas actuellement.
- 292 Les utilisateurs devraient donc pouvoir décider s'ils souhaitent un contenu prédéfini par un algorithme (dont la transparence devrait être augmentée), ou s'ils souhaitent un contenu non personnalisé (leur permettant de faire le tri dans les contenus qu'ils souhaitent ou non lire). Chacun devrait pouvoir avoir le choix de voir tous les contenus s'il le souhaite, sans que ceux-ci ne soient sélectionnés ou modérés. S'il fait le choix d'un contenu prédéfini, il devrait en tout temps pouvoir basculer vers un contenu neutre.

---

<sup>293</sup> Par exemple, en cas de violation du droit d'auteur, la personne responsable encourt une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire (art. 67 LDA).

- 293 Cette obligation d'augmenter le contrôle des utilisateurs en ce qui concerne le contenu auquel ils ont accès serait à inclure dans la norme pénale que nous suggérons au chapitre précédent<sup>294</sup>. Il s'agit de contraindre les intermédiaires d'information à ne pas faire de pré-sélection par défaut, le choix du paramétrage étant laissé à chaque utilisateur<sup>295</sup>. Une solution moins radicale, mais néanmoins déjà meilleure que la situation actuelle, serait de prévoir que le changement de paramètres soit facilement accessible et compréhensible pour l'utilisateur.
- 294 Une augmentation du contrôle par les utilisateurs, en interdisant la présélection des contenus par les intermédiaires d'information peut être interprétée comme une atteinte à la liberté d'expression et la liberté économique des intermédiaires d'information. Or, en pesant les intérêts en présence, cette atteinte paraît admissible dans une société démocratique, au vu de l'enjeu, et dans la mesure où elle n'empêche pas pour autant une activité commerciale de la part des intermédiaires d'information. Les restrictions envisagées ne sont pas incompatibles avec le respect de la liberté d'expression.
- 295 On peut même aller plus loin et se demander dans quelle mesure un utilisateur a des chances de regagner un contrôle suffisant dans la configuration actuelle<sup>296</sup> ou s'il faudrait, par des règles de droit public, limiter l'influence des intermédiaires d'information. La question est alors de savoir s'il y a une taille d'entreprise et un niveau de contrôle de l'information qui rendent une entreprise tellement dominante qu'elle représente un risque pour les institutions et les individus. En même temps, toutes les mesures prises devraient être compatibles avec les droits fondamentaux qui protègent ces entreprises, notamment la liberté économique<sup>297</sup>. Ici aussi, la question va bien au-delà de la seule protection de la sphère publique et devrait être examinée sous l'angle du droit de la concurrence (au sens large) et des droits fondamentaux.

### **3.3.6. Soutenir les médias**

- 296 Les médias sont de nos jours – et cela ne va pas diminuer prochainement sans que des mesures soient prises – extrêmement dépendants des intermédiaires d'information. Cette dépendance doit être réduite. Le soutien aux médias doit être renforcé afin de leur permettre d'éviter au maximum une dépendance à l'égard des intermédiaires d'information.

---

<sup>294</sup> Voir chapitre sur l'augmentation de la transparence (3.3.4).

<sup>295</sup> Cela pourrait s'inspirer du principe de protection des données par défaut.

<sup>296</sup> Des réflexions similaires ont été faites en matière de protection des données et de protection du consommateur, où il est désormais admis que ce dernier est une partie « faible » et qu'il ne négocie pas : il adhère au mieux à des conditions générales préétablies. Des conditions strictes d'appliquent donc pour admettre qu'un consentement est donné librement ou que des conditions générales ne sont pas insolites.

<sup>297</sup> Et qui sont hors du champs de cette étude.

- 297 Les mesures à mettre en place sont essentiellement économiques, afin de soutenir les médias et éviter les monopoles des intermédiaires et leurs pouvoirs. Pour autant, la forme du soutien ne doit pas être exclusivement et purement financière. Il s'agit également de donner les moyens de fournir un service de médias de qualité, par le biais de la mise à disposition ou de l'encouragement au développement de moyens techniques.
- 298 Pour ce faire, il n'est pas forcément nécessaire de passer par des mesures législatives. La sphère publique ne peut pas exister sainement uniquement sur la base d'interdictions. L'État peut soutenir indirectement les médias dans son attitude, en appliquant de manière exemplaire le principe de transparence de l'administration et des autorités pénales, notamment à l'égard des médias, en les considérant avec bienveillance et non comme des ennemis. Le soutien peut donc résider dans un comportement actif de l'État qui réduit ses entraves face aux médias, en soutenant la transparence, ainsi qu'en favorisant leur accès aux informations en les mettant à disposition (stratégie *open data*)<sup>298</sup>.
- 299 Les journalistes doivent conserver leur rôle de « chiens de garde<sup>299</sup> » de la démocratie<sup>300</sup>. Il est nécessaire qu'ils s'en donnent les moyens et favorisent un journalisme de qualité. Il faut également les soutenir.
- 300 Le soutien au système national des médias d'information professionnels doit inclure à la fois des mesures étatiques et additionnelles<sup>301</sup>. En outre, les mesures de soutien doivent s'étendre aux médias en ligne, au vu de l'importance grandissante qu'ils occupent sur le marché de l'information.
- 301 Un soutien autre que financier pourrait également intervenir par le biais de la mise en place d'une infrastructure commune pour le journalisme d'information professionnel en Suisse, tel que proposée par un institut associé à l'Université de Zurich<sup>302</sup>.

### 3.3.7. Sensibiliser le public

- 302 L'éducation aux médias et le développement de la littératie numérique<sup>303</sup> sont essentiels pour permettre au citoyen de mieux appréhender l'information (vraie comme fausse), les manipulations et les biais cognitifs. Toute mesure de soutien dans ce sens sera bienvenue.

---

<sup>298</sup> Voir la stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse, dont le portail *opendata.swiss* est issu.

<sup>299</sup> Ou *gatekeepers*.

<sup>300</sup> Étude MASMEJAN, N. 30.

<sup>301</sup> Annales 2019, p. 7.

<sup>302</sup> Annales 2019, p. 7.

<sup>303</sup> Voir notamment GERBAULT, ainsi que BOUCHARDON / CAILLEAU.

- 303 La sensibilisation du public passe par une information active sur les questions liées à la manipulation des informations par le biais des intermédiaires, mais pas seulement. Le public doit être conscient de tous les aspects entourant les informations qu'il a à disposition. Cela concerne leur source, leur qualité, leur véracité, etc.
- 304 Les risques en lien avec la manipulation de l'information sont exponentiels, au vu du développement rapide des techniques permettant une falsification d'images vidéos de plus en plus méconnaissable par exemple.
- 305 Il ne s'agit ici pas tellement d'un problème juridique, mais plutôt d'un problème de qualité de l'information et de compréhension du système. Un programme de prévention doit être mis en place. En effet, des campagnes de prévention étatique existent concernant diverses thématiques. Il devrait y en avoir concernant la prévention de la manipulation des informations et de la formation de l'opinion publique.
- 306 Les bases légales pour mettre en place des campagnes de prévention sur cette question peuvent être intégrées à divers endroits, sans que cela ne soit particulièrement problématique.

#### 4. Conclusion

- 307 Dans la présente étude, nous avons présenté les nombreuses règles de droit suisse pouvant s'appliquer aux intermédiaires d'information dans les domaines qui concernent la sphère publique.
- 308 Nous avons ensuite mis en évidence certaines lacunes et recommandé de compléter le cadre juridique en introduisant une action en cessation de l'atteinte protégeant la sphère publique, une obligation de renseigner pour identifier l'intermédiaire d'information, une obligation spécifique de transparence sur les modalités de sélection et de diffusion du contenu, et une obligation plus générale de publier un rapport régulier sur les contenus promus, supprimés, etc., ainsi que les critères utilisés. Parallèlement, des droits de contrôle étendus doivent être garantis aux utilisateurs, notamment pour leur permettre de renoncer à une pré-sélection personnalisée. Les recommandations législatives proposées sont volontairement ouvertes concernant l'emplacement de leur implémentation, la logique d'un droit transversal étant conservée.
- 309 Ces démarches sont néanmoins insuffisantes si elles ne sont pas complétées d'une part par un soutien important à la presse. Il ne s'agit pas que d'un soutien financier, mais aussi d'une attitude de l'État qui doit être plus favorable à la transparence. D'autre part l'éducation aux médias et la sensibilisation aux risques de manipulations et de fausses informations doivent être fortement renforcées.
- 310 La problématique traitée dans la présente étude se concentre uniquement sur l'aspect de la régulation des intermédiaires d'information ; c'est-à-dire sur comment ils sont régulés actuellement et comment ils pourraient être régulés à l'avenir afin d'éviter une manipulation de la formation de l'opinion publique. Il faudrait aussi examiner de manière plus large comment ladite manipulation peut être cadrée, quel que soit le but ou les conséquences de cette manipulation. Finalement, il serait utile d'examiner de manière plus approfondie les risques que représente le statut très dominant de ces intermédiaires d'information étrangers, non seulement pour la sphère publique mais aussi pour les institutions, les individus et l'économie nationale.