Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 134 (2015)

Artikel: Le droit "suisse" du cyberspace ou le retour en force de l'insécurité juridique et de l'illégitimité

Autor: Cottier, Bertil

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895805

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Le droit «suisse» du cyberespace ou le retour en force de l'insécurité juridique et de l'illégitimité

BERTIL COTTIER*

* Professeur ordinaire à la Faculté des sciences de la communication *(Ethics and Communication Law Center)* de l'Université de la Suisse italienne et professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier Me Marcello Baggi pour l'assistance qu'il lui a apportée dans la rédaction de cet article.

Table des matières

A. Introduction . . . 195
I. Le nœud du problème . . . 195
II. Deux principes clefs . . . 198
1. Le principe de sécurité juridique . . . 198
2. La légitimité . . . 199
III. Le droit du cyberespace? . . . 199
B. Les facteurs d'insécurité et d'illégitimité juridiques . . . 201
I. Généralités . . . 201
II. Un progrès technique rapide et imprévisible . . . 202
III. Les facteurs de troubles intrinsèques à la communication en ligne . . . 205
1. Généralités . . . 205
2. L'omniprésence du numérique . . . 205
3. L'effet amplificateur . . . 208
4. Une chaîne de diffusion complexe . . . 209
5. La mondialisation . . . 209
IV. Le défaut de «compétences numériques» . . . 210
V. Les lenteurs du législateur . . . 211
C. Les carences du régime juridique actuel . . . 213
I. Généralités . . . 213
II. Un droit incertain . . . 214
1. L'abus des concepts indéterminés . . . 214
2. Des règles obsolètes . . . 217
a. L'obsolescence passagère . . . 217
b. L'obsolescence structurelle . . . 219
aa. Généralités . . . 219
bb. L'obsolescence de la législation sur la radio et la télévision 219
cc. L'obsolescence prochaine de la loi sur la protection des données 221
3. Un droit lacunaire . . . 222
a. Introduction . . . 222
b. Les quelques réponses du législateur . . . 223
c. Les quelques réponses de la jurisprudence . . . 224
d. Les principales lacunes . . . 225
III. Un droit «illégitime» . . . 228
1. Généralités . . . 228
2. L'autorégulation . . . 229
3. Les conditions générales des fournisseurs de services . . . 231
IV. L'insuffisance du cadre international . . . 233
1. Introduction . . . 233
2. Les instruments internationaux . . . 233
a. Le droit contraignant . . . 233
b. Le droit mou . . . 235
c. Un droit de nature singulière . . . 236
3. Les perspectives d'avenir . . . 237
D. Les remèdes . . . 238
I. Introduction . . . 238
II. Les faux remèdes . . . 239
1. Généralités . . . 239
2. La neutralité technologique . . . 240
a. Le principe et ses variantes . . . 240
b. Les limites du principe . . . 241

3. L'activisme judiciaire 243
4. Accélérer la procédure législative 245
5. Les instruments tendant à régir l'incertain 246
a. Les lois expérimentales 246
b. La délégation de compétences en blanc 248
III. Les bons remèdes 249
1. Généralités 249
2. Des règles intelligibles 250
3. Une Haute Autorité du numérique 252
4. Variantes 255
E. En guise de conclusion 256

A. Introduction

I. Le nœud du problème

«What I want is *behavior regulation*. We should all know what our rights and duties are!»

Cet appel à doter le cyberspace d'un cadre juridique, circonstancié et intelligible, a été lancé, au début de l'an 2000, non par un homme de loi, mais par un informaticien. Et pas n'importe quel informaticien, puisqu'il s'agissait ni plus ni moins que de l'un des pères du *world wide web*, l'ingénieur belge Robert Cailliau[1].

Quinze ans plus tard, cet appel demeure sans réponse.

A témoin, les trois affirmations suivantes, toutes récentes, toutes d'origine différentes. La première émane d'un professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel; à l'entame d'un ouvrage collectif sur les problèmes juridiques soulevés par l'utilisation des moyens de communication électronique dans le monde du travail, Jean-Philippe Dunand relève que: «La technologie devance toujours le droit. L'utilisation d'Internet au travail, très fréquente dans la plupart des entreprises et administrations de notre pays, reste soumise à un régime juridique *lacunaire* et *incertain*.[2]». Deuxième constat de carence, celui du groupe de travail AGUR12, une commission d'experts chargée par le Département fédéral de justice et police d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins: «S'agissant des utilisations d'Internet, il semblerait qu'une *grande insécurité* demeure sur la situation juridique[3]». Enfin, même son de cloche du côté de la Conseillère nationale Kathy Riklin; appuyée par plusieurs collègues, elle invite le Conseiller fédéral à ouvrir sans tarder un vaste chantier législatif tendant à définir le régime juridique des fournisseurs de services Internet: «Von klaren Rechtsregeln profitieren Provider, Kunden, Behörden, aber auch die Justiz. Die EU und andere Industriestaaten haben das längst getan. In der Schweiz herrschen immer noch *Unsicherheit* und *Orientierungslosigkeit*.[4]»

Trois voix critiques qui ne sont de loin pas isolées: du monde politique au monde universitaire, de la société civile à l'économie – sans oublier les médias, toujours prompts à dénoncer ce qu'ils se plaisent à appeler un «vide juri-

1 Guère courants chez les informaticiens, lesquels sont plutôt allergiques aux lois, perçues comme des obstacles au progrès scientifique, ces propos ont été tenus par Robert Cailliau dans une interview publiée par la revue scientifique New Scientist (no 2253, 26 août 2000). Dans les années nonante, Cailliau a contribué, avec un autre ingénieur informaticien, le britannique Tim Berners-Lee, à la création d'un système de liens hypertextes destiné à améliorer le partage des documents au CERN. De ce projet innovateur, à l'origine interne, naîtra le *world wide web*.

2 Jean-Philippe Dunand, Avant-propos, in: Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon (éd.), Internet au travail, Zurich 2014, p. V.

3 Rapport final du Groupe de travail sur le droit d'auteur AGUR12 du 28 novembre 2013 (ci-après Rapport AGUR12), Berne, p. 75.

4 Motion Riklin 13.3215, Régler la responsabilité des fournisseurs de prestations Internet.

dique» –, ils sont aujourd'hui légion ceux qui déplorent le flou qui règne sur les règles applicables à la communication numérique. En Suisse comme à l'étranger; ainsi, la Commission Européenne, elle aussi, a manifesté sa vive inquiétude: «Les internautes ne doivent pas être en proie à une grande *incertitude* quant à leurs droits et à leur protection juridique»[5].

Certes, le tableau n'est pas que sombre: comme on le verra plus avant, le législateur ou les tribunaux sont intervenus, ici ou là, pour dissiper certains doutes. Mais il ne s'agit que d'interventions ponctuelles, destinées à remédier, à la hâte, à des problèmes particuliers (signature électronique, spamming ou encore utilisation de logiciels espion par l'employeur); beaucoup trop d'incertitudes, d'incohérences, d'obsolescences ou de lacunes subsistent encore. Plus grave: si des solutions ont été apportées, celles-ci reposent trop souvent sur des socles normatifs précaires, voire controversés: recommandations et lignes directrices de toute nature, conditions générales des contrats, voire ordonnances expérimentales pallient l'inaction du législateur formel.

Disons-le d'emblée, la présente contribution n'apportera aucune réponse à des problèmes concrets: le lecteur qui s'attendrait à y trouver, par exemple, des pistes pour définir le régime de la responsabilité des hébergeurs, pour ne citer que l'une des incertitudes majeures de notre système juridique, sera déçu. Notre objectif n'est en effet pas de proposer des solutions matérielles (contrairement aux autres rapports publiés dans ce volume), mais d'attaquer le mal à la source, à savoir au niveau institutionnel.

Le temps presse. Des réseaux sociaux à l'Internet des objets en passant par le *Big Data*, le financement participatif *(crowdfunding)* ou l'informatique en nuage *(cloud computing)*, l'emprise d'Internet sur notre quotidien croît à une vitesse exponentielle. Au point que l'on ne peut désormais plus se passer de revisiter nos mécanismes de production de droit. Ces mécanismes ont en effet été conçus pour régir un environnement plutôt stable et prévisible; dans l'environnement hautement évolutif, complexe et mondialisé qui caractérise le cyberespace, ils peinent à assurer la nécessaire sécurité juridique[6]. Dès lors, de nouveaux processus législatifs doivent être envisagés.

Notre objectif se veut donc original. Certes, le temps où la doctrine relative au droit de l'Internet était l'apanage de quelques juristes férus de technologies est révolu; aujourd'hui, les écrits savants ne manquent pas. Pour florissante qu'elle soit, la doctrine contemporaine demeure essentiellement parcellaire,

---

5 Une stratégie numérique pour l'Europe, Communication de la Commission européenne du 19 mai 2010 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, p. 7.

6 Nous en convenons bien volontiers: l'incertitude juridique n'est pas propre au cyberespace. D'autres domaines du droit en pâtissent, tel le commerce international (voir NATHALIE SAUVAGE, La lex mercatoria: une loi facteur d'insécurité et d'imprévisibilité juridiques, Revue de la recherche juridique 2013, p. 971 ss); cela dit, nulle part ailleurs, l'incertitude a un impact négatif aussi considérable sur la vie sociale, politique et économique.

c'est à-dire fortement tributaire du domaine d'intérêt respectif des auteurs: le civiliste traitera des impacts des réseaux sociaux sur le droit de la personnalité, le pénaliste de la sanction du hacking ou de la pornographie en ligne, le spécialiste du droit d'auteur du téléchargement illégal, le constitutionnaliste de la liberté d'expression pour les cyberdissidents, et ainsi de suite. En revanche, les approches holistiques demeurent encore rares[7], même si elles sont de plus en plus réclamées[8].

Dans cette perspective macrojuridique, nous développerons plusieurs propositions de modifications ou adaptations du processus de création du droit, toutes destinées à le mettre au diapason de la révolution Internet[9]. Que l'on se rassure, il s'agira d'options réalistes; par quoi il faut entendre respectueuses, tant que faire se peut, du modèle de démocratie participative accrue que nous connaissons en Suisse. Loin de nous de vouloir rétablir la sécurité juridique au prix d'une crise de légitimité … Cela dit, comme l'a relevé Rolf Weber, la créativité est de mise: «Selbst wenn dem Konzept des sog. ‹soft law› ein gesicherter rechtlicher Status fehlt und allgemein anwendbare Verfahrensprinzipien noch nicht entwickelt worden sind, erfordern die komplexen Vorgänge im Internet-Kontext neue Formen von Rechtsetzungsverfahren und rechtlichen Gestaltungen.[10]»

On ne saurait s'engager dans la voie des améliorations institutionnelles sans avoir au préalable soigneusement identifié les carences juridiques existantes, ni sans en avoir saisi les tenants et aboutissants. A cette fin, nous passerons d'abord en revue certaines caractéristiques de la communication sur Internet, lesquelles soumettent le législateur à des contraintes inédites[11]; puis, nous esquisserons les contours de ce qui, actuellement, tient lieu de droit du cyberespace, que ce soit au niveau national ou au niveau international[12] (pour autant qu'il soit contraignant pour notre pays)[13].

---

7 Et le peu qu'il y a ressortit plutôt à la doctrine anglo-saxonne, emmenée par les ouvrages pionniers de Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace (New York 1999; une nouvelle version de cet essai, intitulée Code v2, est disponible sur le site <http://codev2.cc/>) et de Richard Süsskind, Transforming the Law, Oxford 2003.

8 Ainsi, entre autres, le spécialiste de la protection du droit d'auteur sur Internet, Jacques de Werra, souligne que «Le décloisonnement doit aussi être normatif: les solutions ne résulteront pas d'une réflexion limitée au droit d'auteur, ni même au droit de la propriété intellectuelle, mais devront également appréhender les autres domaines du droit qui sont affectés par les réseaux numériques, en particulier les droits fondamentaux (et spécifiquement la protection de la sphère privée) et le droit des contrats.», Défis du droit d'auteur dans un monde connecté, sic! 2014, p. 210.

9 Cf. infra D. Les remèdes.

10 Rolf H. Weber, Internet Governance, ein Ueberblick, Informelle Regelsetzung und Entscheidungsverfahren mit vielen Akteuren in einem Mehrebenen-System im Vormarsch, digma 2014, p. 949.

11 Cf. infra B. Les facteurs d'insécurité et d'illégitimité.

12 Cf. infra C. Le cadre juridique précaire du droit du cyberespace.

13 Ce n'est pas la première fois que nous nous prêtons à ce genre d'exercice. Voici bientôt vingt ans, nous avions entrepris un tour d'horizon de la doctrine et de la jurisprudence en matière de

Mais, avant toutes choses, il nous paraît utile de rappeler brièvement deux principes dont le respect conditionne la qualité et l'effectivité des systèmes juridiques: le principe de sécurité juridique d'une part, celui de légitimité d'autre part. Ces deux principes directeurs seront au centre de notre réflexion institutionnelle, comme l'indique d'ailleurs expressément le titre de notre contribution. Vu qu'ils sont, l'un et l'autre, fréquemment invoqués mais différemment compris[14], il importe de brièvement préciser la signification que nous entendons leur donner par la suite.

II. Deux principes clefs

1. Le principe de sécurité juridique

Bien qu'il soit considéré comme une composante majeure de l'Etat de droit[15], le principe de sécurité juridique *(Rechtssicherheit, sicurezza del diritto)* n'est pas expressément mentionné par les actes normatifs de notre législation; la Constitution fédérale, en particulier, l'ignore. Un silence qui contraste avec la fréquence très élevée à laquelle la jurisprudence le cite. Ainsi, le Tribunal fédéral fait référence au principe de sécurité du droit dans plus d'un millier de jugements depuis l'an 2000; souvent, les juges l'associent, sans autres considérations dogmatiques, au principe de légalité ou au principe de la bonne foi[16].

Visant la qualité matérielle des normes légales, le principe de sécurité juridique se décline en quatre exigences concrètes:

- la norme doit être cohérente: autrement dit, elle doit être en adéquation avec les autres normes du système juridique; conflits et contradictions seront évités;

---

droit de l'Internet (Points de vue doctrinaux et solutions législatives et jurisprudentielles concernant les nouveaux procédés de télécommunications [Internet], in: Rapports suisses présentés au XVème congrès international de droit comparé, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich 1998, p. 143 ss). Nous étions en 1997; tout était alors beaucoup plus simple: seul un dixième de la population disposait d'un raccordement, professionnel ou privé, à Internet; la communication, certes déjà globale, n'était pas encore vraiment interactive; les interventions du législateur, surpris et désemparé face aux nouvelles technologies, se comptaient sur les doigts d'une main et les décisions des tribunaux étaient quasi inexistantes.

14 Pour de récentes présentations des diverses acceptions de ces principes à géométrie variable, voir Régis Lanneau, La sécurité juridique, un essai de théorisation, Revue de la recherche juridique, 2013 p. 1115 ss et Ingmar Ingold et Axel Paul, Multiple Legitimitäten – Zur Systematik des Legimitätsbegriffs, Archiv für Recht-und Sozialphilosophie 2014, p. 242 ss.

15 Voir sur ce point Dominique Soulas de Russel et Philippe Raimbault, Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point, Revue internationale de droit comparé 2003, p. 85 ss, en particulier p. 99 s., où les auteurs retracent les origines germaniques du principe de sécurité, faisant notamment référence à l'apport dogmatique de la Cour constitutionnelle allemande.

16 Exceptionnellement, ils sont un peu plus explicites sur le contenu du concept de sécurité juridique (voir par exemple ATF 115 Ib 244 (cons. 5b): «Die Rechtssicherheit ist im Rechtsstaat von grosser Bedeutung. Sie erfordert unter anderem Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit des Rechts.»).

- la norme doit être précise: son libellé ne doit pas être vague ou ambigu, mais «clair et transparent [17]»; les sujets de droits et d'obligations doivent pouvoir aisément réaliser quel comportement le législateur attend d'eux;
- la densité normative doit être réduite au minimum; l'inflation normative est un fléau qui doit être combattu (*plurimae leges, pessima respublica* affirmait déjà un adage romain);
- enfin la règle doit être prévisible; stable, mais non immuable, elle sera modifiée le plus rarement possible.

Des quatre exigences citées, cette dernière est peut-être la plus importante. Elle fonde en effet la confiance du citoyen dans la loi. Si la norme change fréquemment, il risque de ne rien entreprendre par crainte de «faire faux» et, partant, d'être sanctionné; en d'autres termes, «les règles juridiques peuvent être pensées comme autant d'instruments d'anticipation sur lesquels peuvent se reposer les acteurs économiques[18]».

2. *La légitimité*

Concept à géométrie variable, la légitimité a fait et fait encore discussion. Il ne nous appartient pas de trancher les multiples débats autour de sa nature et de sa portée. Disons simplement que ces controverses sont exacerbées par le fait que les juristes ne sont pas seuls à s'approprier le principe de légitimité; les politologues, les sociologues et les philosophes le revendiquent aussi.

Dans le langage courant, légalité et légitimité ne sont pas distingués. A tort, car la légalité est un concept de portée plus réduite, ne renvoyant qu'à la stricte conformité à l'ordre juridique. Du concept de légitimité découle non seulement le respect du droit et des institutions, mais également l'idée que les règles doivent être justes, autrement dit raisonnables, nécessaires et librement consenties par les membres de la société. Ce réquisit de démocratie jouera un rôle essentiel dans la suite de notre exposé.

III. Le droit du cyberespace?

Une dernière remarque introductive: le titre de notre contribution contient l'expression «droit du cyberespace». A dire vrai, cette expression n'est pas plus consacrée que droit de l'Internet, droit du numérique, droit de la communication en ligne, droit des réseaux ou encore (mais plus pompeux) droit de la société de l'information. Dans le jargon juridique, ces divers termes s'emploient indifféremment l'un pour l'autre: tous font référence à un ensemble de règles, de diverses natures (légales, réglementaires, contractuelles ou déontologiques),

17 Pierre Moor, Droit administratif I, Berne 2011, ad 1783.

18 Philippe Coppens, Le temps en droit et en économie, in: Le temps et le droit, Hommage au Professeur Closset- Marchal, Bruxelles 2013, p. 60.

destinées à régler les droits et les obligations des acteurs de l'internet (fournisseurs de contenus, intermédiaires techniques, usagers, etc.). Si ces diverses expressions se valent peu ou prou, c'est faute de mieux. Elle n'est pas encore née, la locution qui permet de délimiter précisément le domaine normatif qui nous intéresse[19]. Et on peut même douter qu'elle voie une fois le jour, vu le caractère hautement évolutif et imprévisible du progrès technologique. Quoi qu'il en soit, l'expression «droit du cyberespace» a un avantage, non négligeable, sur ses concurrentes. Outre une connotation cosmologique qui fera rêver plus d'un, elle fait référence, indirectement, à l'absence de limites territoriales qui caractérise le numérique.

Reste que d'aucuns se demanderont pourquoi nous avons, dans ce même titre, qualifié le droit du cyberespace de «suisse»; pareil rattachement territorial d'une entité dématérialisée et sans frontières a-t-il un sens? Voire …, il nous paraissait cependant judicieux d'aborder la problématique dans une optique primairement nationale. Nous sommes en effet persuadés qu'il y a encore une place pour un droit suisse du numérique, à tout le moins tant que le droit international, voire une quelconque *lex electronica* ou *lex networkia*[20], n'aura pas pris la relève (ce qui, nous le verrons, n'est pas pour demain[21]).

Si l'on peut discuter de l'opportunité du qualificatif suisse, on ne saurait en revanche remettre en question le terme droit. Quoiqu'il se révèle, comme nous le constaterons plus avant, précaire et lacunaire, quoique sa mise en œuvre s'avère trop souvent défaillante[22], le droit régit, encore et toujours, le cyberespace. Ce dernier n'est nullement une zone de non-droit (ou une zone échappant au droit) comme le proclamaient, non sans goût pour la provocation, les cyberanarchistes des premiers temps d'Internet[23]. Bien au contraire …

---

19 Popularisée par le vice-président américain Al Gore aux premières heures de l'Internet, l'expression «autoroutes de l'information» est aujourd'hui passée de mode, quand bien même elle a été reprise dans le titre de l'un des premiers ouvrages sur le droit suisse de la communication en ligne (Reto Hilty [éd.], Information Highway, Berne 1996). Quant à la dénomination «droit des nouvelles technologies», elle ne convient guère plus; elle recouvre en effet le champ, trop vaste, de l'ensemble des technologies de pointe, y compris celles qui relèvent des sciences du vivant.

20 Ces deux termes désignent un ensemble normatif sui generis et autonome (c'est-à-dire non étatique) qui régirait le cyberespace, un peu sur le modèle de la *lex mercatoria* pour les échanges commerciaux internationaux. Pour plus de détails sur ces deux institutions juridiques, voir Pierre Trudel, La lex electronica, in: Charles-Albert Morand (éd.), Le Droit saisi par la mondialisation, Bruxelles 2001, p. 221 ss et Edward J. Valauskas, Lex Networkia: Understanding the Internet community, First Monday, 7 octobre 1996 (disponible sur le site <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/index>).

21 Cf. infra C.IV.3.

22 Pour quelques exemples d'obstacles à l'application du droit dans l'univers digital, voir notes 25 et 27.

23 Certains ont même été jusqu'à proclamer l'indépendance du cyberespace; à témoin la déclaration dite de Davos, qui date de 1996:» We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity. (…).Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.» (le texte intégral

B. Les facteurs d'insécurité et d'illégitimité juridiques

I. Généralités

Les facteurs qui contribuent à précariser le cadre juridique du cyberespace, au point de le faire plonger dans l'insécurité et, dans une moindre mesure, dans l'illégitimité, sont, selon nous, au nombre de sept. Les plus fréquemment cités sont d'une part la fulgurance du progrès technique, d'autre part la diffusion planétaire des messages sur la toile. Cela dit, d'autres éléments entrent aussi en jeu: l'omniprésence d'Internet, son effet amplificateur et son mode de fonctionnement complexe (en particulier l'intervention d'intermédiaires aussi nombreux que divers). A ces propriétés intrinsèques de la communication en ligne s'ajoutent deux facteurs inhérents au processus législatif lui-même: sa lenteur (conséquence de son caractère très participatif) et le manque de connaissances techniques et/ou phénoménologiques des décideurs.

Ces différents facteurs ne déstabilisent pas le droit avec la même intensité; à cet égard, il est incontestable que les deux premiers jouent un rôle prépondérant. Pour autant, on ne saurait négliger les répercussions négatives des cinq autres. En effet, si le problème de l'insécurité et de l'illégitimité revêt aujourd'hui une si grande acuité, c'est moins en raison d'un facteur pris isolément que de leur conjugaison.

La liste que nous avons établie ne prétend nullement à l'exhaustivité. D'aucuns seraient tentés de la compléter par d'autres éléments perturbateurs du système juridique, telle la volatilité des sites web, l'anonymat qui règne sur la toile ou encore les ravages de la communication virale. Si importantes soient-elles, ces causes de trouble ne seront pas abordées dans la présente contribution. Pour une simple et bonne raison: elles ne ressortissent pas à la production du droit proprement dite. Jouant sur la délocalisation du trouble et/ou sur sa démultiplication, tant la volatilité[24] que la communication virale[25] mettent en échec les tentatives d'éliminer les messages illicites: supprimés ici, ceux-ci

---

de cette «déclaration d'indépendance» est disponible sur le site <http://www.hax.com/CyberSpaceDeclaration.html>). Cette vision libertaire du Net survit aujourd'hui, même si c'est sous une forme moins radicale, dans la communauté des «hackers» (le terme désigne les illuminés de l'informatique). Ainsi, le Chaos Computer Club allemand, le plus grand réseau de hackers en Europe, défend la liberté quasi absolue de communiquer sur Internet, comme le souligne sa charte éthique: «Der Zugang zu Computern und allem, was einem zeigen kann, wie diese Welt funktioniert, sollte unbegrenzt und vollständig sein. Alle Informationen müssen frei sein.»

24 Le concept de volatilité renvoie à la possibilité pour les fauteurs de troubles de faire héberger leurs informations lésives dans des pays étrangers plus laxistes (appelés parfois paradis digitaux); pareille manœuvre de contournement est un jeu d'enfants à l'heure des réseaux globaux: au moindre risque d'intervention du juge national, les messages litigieux sont mis à l'abri sur un serveur situé soit dans un pays plus permissif, soit dans un pays où la justice est peu efficace.

25 Par communication virale, on entend la rediffusion, quasi instantanée, d'un message d'un cercle d'usagers à l'autre (*retweet* par exemple), voir même d'une plateforme délibérative à l'autre. Relais qui, à chaque fois, se font avec un retentissement considérable, les internautes ne manquant pas de créer le «buzz» aux quatre coins de la planète. Pour un exemple de communication virale,

réapparaissent là-bas. Quant à l'anonymat[26] (comme ses dérivés que sont la pseudonimisation et le détournement d'identité), il fait obstacle à l'identification des auteurs de violation du droit, et partant, à la réparation du dommage causé et/ou à la répression des infractions commises. Liées à la mise en œuvre des normes topiques, ces problématiques se situent hors du champ précis de notre problématique.

II. Un progrès technique rapide et imprévisible

On ne le répétera jamais assez, l'informatique et les nouveaux médias n'ont pas simplement amélioré les processus de communication, ils les ont bouleversés de fond en comble; à tel point qu'il n'est pas exagéré de parler de révolution numérique, comme on a parlé de révolution industrielle lorsque, au XIXème siècle, la société agricole s'est transformée en une société commerciale et industrielle. Générés l'un et l'autre par le progrès technique, les deux phénomènes ont en effet eu un impact considérable sur la politique, l'économie, la société et l'environnement; mutations radicales qui ont entraîné dans leur sillage de profonds changements de notre vision du monde et de notre perception des rapports sociaux[27].

Cela dit, entre ces deux révolutions, il y a une différence capitale, la dimension temporelle. Autant la révolution industrielle a été progressive – s'étendant sur plus d'un siècle, elle s'est développée à des rythmes divers d'un continent à l'autre, voire même d'un pays l'autre –, autant la révolution numérique a été

---

voir BERTIL COTTIER, Le droit de la personnalité à la dure épreuve du numérique, in medialex 2014, p. 7 s.

26 La communication anonyme sur Internet est favorisée par la prolifération de logiciels, souvent téléchargeables gratuitement, permettant d'effacer toute trace numérique (à commencer par l'adresse IP) susceptible de localiser et/ou identifier les auteurs des atteintes. Le plus renommé de ces logiciels porte le nom de TOR *(The Onion Router)*; il est produit par une organisation non commerciale américaine dont le but premier est de permettre aux cyberdissidents des Etats qui répriment la liberté d'expression de communiquer sans craintes (pour plus de détails, voir <https://www.torproject.org/>). D'un logiciel destiné à promouvoir une bonne cause, TOR est devenu l'apanage des malfrats de la toile, trop heureux de s'assurer une quasi impunité en brouillant les pistes. Quant à ceux qui ne cachent pas leur identité, ils se masquent derrière un pseudonyme, ou encore n'hésitent pas à prendre l'identité d'une autre personne pour porter leurs attaques. Une pratique d'autant plus facile à réaliser que les internautes laissent «trainer» sur la toile, notamment sur les réseaux sociaux, nombre d'identifiants. Pour une discussion des aspects suisses de la problématique de l'anonymat, voir ROLF H. WEBER et ULRIKE I. HEINRICH, Existiert ein Recht auf Anonymität im Internet?, RDS 2013 I, p. 477 ss.

27 Sur la thématique de la révolution numérique, les écrits abondent. On se contentera de renvoyer à deux ouvrages français très récents: celui du sociologue des médias RÉMY RIEFFEL, Révolution numérique, révolution culturelle?, Paris 2014, et celui de l'ancien président du Conseil national du numérique, GILLES BABINET, L'ère numérique, un nouvel âge pour l'humanité, Paris 2014. Il est intéressant de noter que ce dernier soutient – à contrecourant de nombreux politologues et surtout économistes – que nos sociétés humaines vont évoluer tellement radicalement qu'elles auront besoin non de moins, mais de plus de régulation!

véloce et planétaire: deux, à la rigueur trois décennies ont suffi pour construire l'univers massivement et mondialement interconnecté dans lequel nous vivons aujourd'hui. A cette différence de durée, une explication: l'accélération du progrès technique.

Toujours plus nombreux, toujours plus petits et surtout toujours plus intelligents, les outils de la communication numérique connaissent une croissance volontiers qualifiée d'exponentielle. Cela dit, cette qualification repose moins sur des vérités scientifiques (le progrès est un concept, et non une propriété mesurable) que sur de pures conjectures. La plus fameuse d'entre elles est incontestablement la «loi» dite de Moore[28], laquelle affirme que le nombre de transistors que contient une puce informatique double tous les deux ans.[29] Par extrapolation, il a été postulé que la capacité de stockage des ordinateurs, leur vitesse de traitement et leur puissance de travail se multiplient à la même cadence. Sujette à controverses, comme toutes les conjectures, la loi de Moore a toutefois l'avantage de pointer sur une réalité aisément constatable, la constante accélération du rythme des innovations technologiques, avec pour conséquence l'obsolescence, tout aussi rapide, des instruments de communication de la génération précédente.

Un progrès technique véloce, mais aussi imprévisible. La fulgurance de la révolution numérique nous a en effet pris par surprise: Qui aurait imaginé, il y a seulement quelques décennies, l'émergence de ces formidables outils de conservation et de diffusion d'informations que sont les sites web, reliés par des liens hypertextes et aisément repérables par des moteurs de recherches (web 1)? Personne. Personne non plus n'avait prophétisé la montée en force des médias sociaux[30], associatifs, collaboratifs et mobilisateurs (web 2). Quant au futur qui nous attend, une seule chose est sûre, c'est qu'il s'appellera web 3; pour le reste, on ne peut qu'échafauder des hypothèses: ici on annonce l'arrivée du web sémantique, là du web des choses, ailleurs du web quantique ...[31].

Quoi qu'il en soit, un nouveau défi se profile toujours plus clairement à l'horizon: le *Big Data*[32] (ou *Data analysis*). L'expression désigne l'exploitation par

---

28 Du nom de son «découvreur», l'ingénieur américain Gordon Moore, ancien président de la célèbre entreprise de production de processeurs informatiques Intel. Pour plus de détails sur les tenants et aboutissants de la loi de Moore, voir, entre autres, l'ouvrage collectif édité par David C. Brock, Understanding Moore's law: four decades of innovation, Philadelphie 2006.

29 Gordon Moore a annoncé lui-même en 2007 que sa conjecture deviendrait caduque à l'horizon 2020, car les structures internes des puces ne peuvent pas être réduites à des tailles inférieures à un atome.

30 L'expression médias sociaux recouvre diverses catégories de plateformes numériques d'échange et de création participative de contenus, tels les wikis, les sites de partages de photos ou de vidéos (Instagram, YouTube), les réseaux sociaux (Facebook, Google+, Xing, Linkedin), les microblogs (Twitter).

31 Mieux qu'une multitude de textes divinatoires plus ou moins inspirés, une vidéo anonyme décrit en moins de cinq minutes un scénario, pas moins plausible qu'un autre, de ce qui attend «l'homme augmenté» des années 2050, cf. <https://www.youtube.com/watch?v=Ry1u8b0Sz9c>.

32 Le terme français adéquat, mais peu utilisé, est «mégadonnées».

des supercalculateurs de gigantesques volumes de données. On ne parle plus de mégaoctets (10^6 octets) ou de gigaoctets (10^9 octets), comme c'est le cas pour les ordinateurs classiques, mais d'exaoctets (10^{18} octets), voire même de zetaoctets (10^{21} octets)[33]. Qui plus est, peu importe que les données traitées soient hétérogènes (photos, vidéos, sons, graphiques, textes de toutes natures[34], métadonnées, etc.) et/ou non-structurées [35]; quant au mode opératoire, il peut être purement aléatoire: «The challenge of analysing Big Data is coping with abundance, exhaustivity and variety, timeliness and dynamism, messiness and uncertainty, high relationality,and the fact that much of what is generated has no specific question in mind or is a by-product of another activity. [36]». Des professionnels de tous horizons (banques, assurances, soins médicaux, défense nationale et sécurité intérieure, ingénierie, etc.) se félicitent déjà des applications spectaculaires et inédites que ce laboratoire du gigantesque offrira. A commencer par des prédictions à long terme sur l'état de santé des individus[37], sur l'évolution de leurs habitudes de consommation[38] ou sur les risques comportementaux qu'ils poseront; et ce, grâce aux analyses tendancielles et prospectives que permettra une nouvelle génération de logiciels statistiques, dits inférentiels. Annonciateur d'énormes chamboulements sociaux et économiques, dont seulement une infime partie est aujourd'hui imaginable, le *Big Data* aura aussi de profondes répercussions sur nombre de domaines juridiques, du droit d'auteur à la protection des données en passant par la liberté personnelle. Nous y reviendrons[39]; à ce stade, il importe cependant de souligner que trop rares sont encore les juristes qui ont pris la mesure de l'ampleur des bouleversements à venir[40].

---

33 Rappelons qu'un octet est une combinaison de nombres binaires qui peut représenter 256 valeurs différentes. Une comparaison suffira pour donner un ordre de grandeur des volumes gigantesques de données en jeu: tous les deux jours il a été produit depuis 2010 autant de données que du début de l'humanité jusqu'en 2003.

34 Sites web, contenus de mail, contributions sur des forums de discussions, *posts* sur des réseaux sociaux, etc.

35 Pour illustrer les caractéristiques du *Big Data*, il est souvent fait référence à la règle des 3 V: *variety, velocity, volume* (Doug Laney, 3 D data managment, MetaGroup file 949, 6 février 2001). A quoi certains ajoutent un quatrième V pour *value*, afin de mettre l'accent sur la valeur économique des informations que l'on peut dégager sur la clientèle, existante ou potentielle; voir notamment le rapport du McKinsey Global Institute, Big Data, the next frontier for innovation, competition and productivity, juin 2011.

36 Rob Kitchin, Big Data, New Epistemologies and Paradigm Shifts, Big Data and Society April-June 2014, p. 1 ss.

37 Sur l'impact de la nouvelle médecine, dite personnalisée, sur la protection des données, voir Klaus Pommerening, Medizinische Versorgung und Forschung im Zeitalter von Big Data – ein Plädoyer für einen Best-Practice-Ansatz, digma 2014, p. 60 ss.

38 Pour un exemple concret des possibilités de profilage des consommateurs par le biais de l'analyse de grands volumes de métadonnées, voir Yves-Alexandre de Montjoye, Unique in the shopping mall: On the reidentifiability of credit card metadata, Science, 30 janvier 2015, p. 536 ss.

39 Cf. infra C.II.2.b.

40 Ainsi Thomas Hoeren (Sieben Beobachtungen und eine Katastrophe, sic! 2014, p. 216) regrette que le *Big Data* ait été complètement ignoré par le groupe de travail AGUR12 (note 4),

III. Les facteurs de troubles intrinsèques à la communication en ligne

1. *Généralités*

De la globalisation de la communication à l'effritement de la frontière entre espace public et espace privé, en passant, entre autres, par la confusion des rôles entre producteur et consommateur d'informations, les facteurs de complication de la tâche du législateur que nous présenterons dans les sections suivantes ne sont de loin pas tous nouveaux. Ainsi, par exemple, dès sa naissance, la radiodiffusion classique a soulevé des problèmes internationaux, les ondes ne s'arrêtant pas aux confins du territoire national; cela dit, ne dépassant pas d'étroites zones frontalières, les débordements ne portaient guère à conséquences. Quant à la radiophonie sur ondes courtes, elle affichait certes des ambitions planétaires; une qualité de réception déplorable a réduit le cercle de ses auditeurs à portion congrue. Guère plus de succès pour cet ancêtre d'Internet qu'était le vidéotex: même si ce service offrait une interactivité inédite pour l'époque, ses utilisateurs demeuraient rares en raison de la lourdeur de son système d'exploitation. Bref, nombre de problèmes liés à Internet existaient pour la plupart avant l'avènement de la communication numérique, mais leur impact social et politique était si négligeable que le législateur s'en désintéressait[41].

Rien de cela aujourd'hui. Ce qui, avant Internet, était une importunité mineure est devenu une importunité majeure. A témoin, ce constat alarmiste du groupe de travail AGUR12: «Le Web 2.0 (...) a cependant aussi pour conséquence de confronter les titulaires de droits non plus, comme par le passé, à une poignée de fournisseurs de produits mis à disposition sans licence, mais à des utilisations illicites à grande échelle, favorisées (...) par les possibilités offertes par les sites de partage de fichiers. Des utilisations qui, prises isolément, sont marginales, mais qui, additionnées les unes aux autres, sont d'une ampleur considérable».[42]

2. *L'omniprésence du numérique*

La communication en ligne n'est plus réservée à quelques *happy few* (membres de la communauté académique, entreprises multinationales ou encore *geeks* en tous genres), au contraire de la télévision, qui fut pendant très longtemps l'apanage des seules classes aisées de la population[43]. En moins de deux décennies,

---

chargé de la révision du droit d'auteur; son jugement est aussi lapidaire qu'alarmiste: «Dies ist eine Katastrophe!».

41 Ainsi, la Commission pour une conception globale des médias constatait en 1982 déjà (ci-après Rapport CGM, p. 3) que: «il paraît judicieux de se concentrer sur les médias dont les prestations s'adressent au public et de faire abstraction de ceux qui servent à la communication privée, encore que le développement de la technique provoque aujourd'hui un chevauchement de ces deux domaines».

42 Rapport AGUR12 (note 4), p. 27.

43 En 1957, un projet d'article constitutionnel sur le financement de la radiodiffusion fut rejeté en raison de l'hostilité d'une large frange de la population à l'égard de la télévision, que seuls les

Internet s'est répandu dans toutes les couches de la société. Ce d'autant que, conséquence directe du phénomène dit de convergence des réseaux, il est devenu le support de services de communication qui empruntaient autrefois des canaux de diffusion dédiés, donc distincts: le courrier, la téléphonie, la radiodiffusion, voire même les films cinématographiques sont dorénavant transmis sur la toile.

Produits à grande échelle et à la portée de toutes les bourses, instruments et applications du numérique envahissent toujours plus notre quotidien[44]. Ils nous permettent non seulement d'interagir en temps réel avec nos proches comme avec le reste du monde, mais aussi d'interagir avec les biens, mobiliers ou immobiliers, que nous possédons ou que nous croisons dans nos déplacements («Internet des objets»).

Les statistiques soulignent cette omniprésence: en 2014, la proportion d'utilisateurs réguliers, soit les personnes qui utilisent Internet quotidiennement ou plusieurs fois par semaine, se montait à 81% (contre à peine 7% en 1997)[45]. Dans les pays à la pointe de la communication en ligne (Pays-Bas, pays de Scandinavie et d'Extrême-Orient), les taux de pénétration dépassent même les 90% de la population[46]. Au-delà de chiffres qui donnent le vertige, c'est la rapidité de l'évolution qui frappe: à l'image du progrès technologique, les indicateurs de croissance révèlent partout une accélération de la propagation d'Internet[47]. La généralisation des vecteurs de diffusion à haut débit[48] comme le triomphe des médias sociaux ont fortement contribué à ce succès inouï[49]. Conséquence juridique de l'omniprésence d'Internet: la Cour constitutionnelle

---

citoyens les plus fortunés pouvaient alors s'offrir. Le slogan des opposants était on ne peut plus éloquent: «Pas un franc de la radio à la télévision!».

44 Une vaste popularisation que souligne le Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011: «L'évolution technologique a toutefois aussi conduit à une augmentation *massive* de l'utilisation des technologies de l'information pour un usage quotidien.» (FF 2012 p. 267).

45 Office fédéral de la statistique: Evolution de l'utilisation d'Internet 1997–2014; la diffusion d'Internet dans la société varie cependant en fonction du sexe, du niveau de formation et de l'âge.

46 Pour plus de détails sur l'usage d'Internet au niveau mondial, voir le World Internet Project International Reports, <http://www.worldinternetproject.net/#news>.

47 Natascha Just et alia, Switzerland on the Internet: An overview of diffusion, usage, concerns and democratic implications, Studies in Communication Sciences 2013, p. 148 ss.

48 «L'évolution des technologies se traduit par une augmentation massive des performances dans le domaine du haut débit. Actuellement, plus de 90% des ménages suisses disposent d'un raccordement filaire offrant un débit de transmission de 30 MB/s3.», Rapport du Conseil fédéral du 19 novembre 2014 sur l'évolution du marché suisse des télécommunications ainsi que sur les enjeux législatifs y afférents (ci-après Rapport télécommunications 2014), p. 9.

49 En Suisse, 47% de la population font partie de communautés ou de réseaux sociaux privés en ligne, 22% utilisent des réseaux professionnels en ligne et 11% le service de microblogging Twitter. Deux tiers des entreprises, autorités et organisations disposent d'une page sur les réseaux sociaux (Cadre juridique pour les médias sociaux, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, Berne 2013, p. 7; ci-après Rapport CF réseaux sociaux).

française a consacré un véritable droit à être connecté en annulant un texte de loi qui prévoyait de priver d'accès à Internet celui qui télécharge des contenus protégés par le droit d'auteur[50]. Autre signe de temps nouveaux: ce ne sont plus les utilisateurs d'Internet qui suscitent la curiosité, mais les ermites de l'ère numérique, autrement dit ceux qui s'obstinent à vivre en marge des réseaux ...[51]

Le numérique progresse, à pas de géants, aussi bien dans la vie privée que dans la vie professionnelle, faisant même son chemin dans des secteurs d'activités réputés peu réceptifs à l'innovation, comme le droit. D'abord méfiants, les juristes se sont laissés graduellement séduire par les conforts d'utilisation qu'il offre. La mise en ligne systématique des sources juridiques y est naturellement pour beaucoup. Ainsi, les recherches juridiques ont été grandement facilitées par la constitution de vastes bases juridiques; mises-à-jour quasiment en temps réel, renfermant non seulement les textes légaux, la jurisprudence et la doctrine mais encore reliant ces diverses sources entre elles par des liens hypertextes, ces réservoirs sont en plus dotés de moteurs de recherche plurilingues. L'arrivée d'une jeune génération de praticiens, familiarisés à l'usage du net dès leur prime enfance, devrait développer la gestion en ligne des écritures judiciaires; bien que les bases légales nécessaires aient été créées il y a déjà plusieurs années[52], elle n'est pas encore vraiment entrée dans les mœurs. Quand elle le sera, la voie sera ouverte, à la prochaine étape: l'avènement des études d'avocats virtuelles, lesquelles ont déjà pris leur envol aux Etats-Unis[53]. Cela dit, une révolution, petite mais de grande portée symbolique, est annoncée pour 2016: cette année-là, entrera en vigueur une modification de la loi fédérale sur les publications officielles qui consacrera la primauté du numérique; partant, ce ne sera plus la version papier du Recueil officiel des lois et de la Feuille fédérale qui feront foi, mais leur version en ligne[54]. Au motif que «le progrès tech-

---

50 Conseil Constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. Sans aller jusqu'à reconnaître un véritable droit à être connecté, la Cour Européenne des droits de l'homme a souligné l'importance cruciale que revêt aujourd'hui l'accès à Internet (arrêt du 18 décembre 2012, Ahmet Yildirim c. Turquie, 3111/2010, blocage disproportionné de la plateforme Google par les autorités turques).

51 Ils suscitent l'intérêt des juristes aussi. Au point que des auteurs français n'ont pas hésité à développer un «droit à la déconnexion», voir JEAN-EMMANUEL RAY et JEAN-PAUL BOUCHET, Vie professionnelle, vie personnelle et TIC, Droit social 2010, n° 1.

52 Depuis 2007 il est possible de déposer un recours électronique au Tribunal fédéral (art. 42 al. 4 de la loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110, et le règlement du Tribunal fédéral sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes, RS 173.110.29). Pour plus de détails pratiques, voir JACQUES BÜHLER, Le recours électronique au Tribunal fédéral suisse: simple et rapide, Jusletter 11 décembre 2006.

53 Pour plus de détails sur cette prochaine (r)évolution, voir JÉRÔME GURTNER, Les études d'avocat virtuelles aux Etats-Unis et en Suisse: Réalité ou fiction?, RDS 2014 I, p. 319 ss. Plus généralement, sur l'apport des nouvelles technologies aux praticiens du droit, voir CHRISTIAN LAUX, The end of lawyers? – Ableitungen aus Susskinds Thesen mit Blick auf IT in der Anwaltskanzlei, Revue de l'avocat 2015, p. 5 ss.

54 Voir l'article 15 nouveau de la loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (FF 2014 6997). L'inversion de la primauté a été avalisée à l'unanimité des députés des deux

nique et les habitudes sociales nouvelles qu'il a fait naître exigent aujourd'hui de revoir le système des publications officielles (...). En effet, les textes publiés dans le RO, le RS et la FF sont désormais consultés principalement en ligne. Cette évolution a eu au cours des dernières années pour corollaire une forte diminution des tirages papier.»[55]

3. *L'effet amplificateur*

Internet est souvent comparé à une caisse de résonance: des propos qui autrefois ne dépassaient par les murs des salons privés ou des cafés du commerce sont propagés à la ronde par les internautes. D'un réseau social à l'autre (à cet égard, la force conjuguée de Twitter et de Facebook est redoutable ...), les voilà reproduits, combinés, complétés et relayés, à la vitesse de l'éclair, aux quatre coins de la planète: par une sorte d'effet boule de neige, des peccadilles prennent des dimensions gigantesques[56]. Mais l'effet amplificateur n'est pas une caractéristique du «buzz» propre au web participatif. Le web 1 avait déjà permis au premier venu de s'adresser au monde entier par le biais de son site personnel ou de son blog[57]; le web 2 n'a fait qu'exacerber cette extension considérable du cercle des destinateurs réels ou potentiels des messages. Avec une conséquence importante: la frontière entre sphère de communication privée et sphère de communication publique s'estompe, les deux sphères s'entrecroisant de plus en plus[58].

L'effet amplificateur ne se manifeste pas seulement dans l'espace, mais également dans le temps: les informations ne disparaissent plus mais demeurent accessibles en permanence. Appelée à sanctionner le premier cas en Suisse d'injure sur Internet, la juge unique du Tribunal de première instance de Saint-Gall a été sensible à cette particularité: «Die Beschuldigte allerdings hat sich mit den strafbaren Äusserungen in einem öffentlichen Forum auf dem Internet vernehmen lassen, in einem Medium also, das den Gegenstand der Diskussion unbes-

---

chambres; ces derniers ont été convaincus que les mesures de sécurité destinées à assurer l'intégrité et l'authenticité de la version en ligne étaient adéquates. Cela dit, il n'a pas été décidé d'abandonner purement et simplement la version papier (ce qu'ont déjà fait les cantons de Vaud, Obwald et des Grisons).

55 Message relatif à la modification de la loi sur les publications, FF 2013 6326. Pour plus de détails sur la primauté de la version électronique, voir Pierre Tercier et Christian Roten, La Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, RSJ 2015, p. 115 ss.

56 Rapport Agur12 (note 4), p. 27.

57 «L'Internet est certes un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d'usagers partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée.», Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 avril 2010, Fatullayev c. Azerbadjian (40984/07), ad 63.

58 Rapport CF réseaux sociaux (note 50), p. 7 s.

timmt vielen Benutzern *für eine unbestimmt lange Dauer* zugänglich macht und dessen Inhalte grundsätzlich beliebig reproduzierbar sind.[59]». Autant dire que l'époque où tout était oublié par l'écoulement du temps est révolue.

Révolue aussi l'époque où l'information se perdait dans la masse. Par le biais de moteurs de recherche toujours plus performants, il est possible de repérer en un tour de main les documents contenant les renseignements désirés, puis de les consulter en cliquant sur les liens proposés. On aurait pu croire que le nombre considérable de données non structurées générées par les usagers d'Internet aurait un effet dilutif; il n'en est rien.

4. *Une chaîne de diffusion complexe*

Une autre caractéristique d'Internet est la complexification de la chaîne de diffusion. La communication est désormais tributaire d'un grand nombre d'intermédiaires qui s'interposent entre l'auteur des messages et leurs destinataires finaux. Certains apportent une assistance essentiellement technique, tel le fournisseur d'accès qui permet à l'internaute de se connecter à la toile ou l'hébergeur qui met à sa disposition de l'espace de stockage sur son serveur; d'autres, comme les moteurs de recherche, les fournisseurs de liens ou les agrégateurs d'informations, ont une emprise plus directe sur les contenus diffusés, les hiérarchisant ou facilitant leur repérage. A des degrés divers, tous ces intermédiaires concourent à la diffusion de l'information; quand ils ne participent pas directement à la production des informations à l'instar des exploitants de forums délibératifs ou de plateformes participatives. Cette multiplication des intermédiaires, aux fonctions variées, ne facilite pas la définition des responsabilités des uns et des autres dans la diffusion, et ce, d'autant plus qu'il peut arriver qu'un fournisseur de services cumule les rôles.

Cerner les responsabilités des divers intermédiaires se révèle encore plus difficile en présence de médias participatifs, qu'il s'agisse de *wikis* qui voient de multiples auteurs, qui souvent ne se connaissent même pas, se succéder à l'ouvrage, ou de réseaux sociaux où les participants relaient et modifient les messages à bien plaire. Conséquence de cette confusion des rôles: la différence entre producteur et consommateur de l'information s'effrite.

5. *La mondialisation*

Internet se joue des frontières: la communication en ligne ne se circonscrit plus à un seul pays déterminé. Potentiellement, un site web est accessible du monde en entier[60]. De surcroît, même si son auteur et son destinataire se trouvent dans

59 Tribunal de première instance de Saint-Gall, 9 mai 2011.

60 Potentiellement, car il est possible de recréer des frontières en enjoignant aux fournisseurs d'accès nationaux de bloquer un message non désiré. La mesure peut cependant aisément être

un seul et même pays, le message peut avoir transité par une foultitude d'intermédiaires situés à l'étranger. En mettant hors-jeu la notion de territoire, le cyberespace ébranle le fondement même sur lequel reposent les systèmes juridiques traditionnels.

Pris de doutes sur l'efficacité de ses interventions, le législateur désespère: à quoi bon intervenir si la mise en œuvre des lois est entravée, voir empêchée par l'internationalisation intrinsèque de la toile? A témoin, cette remarque du Conseil fédéral, répétée, tel un leitmotiv, de rapport en rapport, en des termes divers, mais toujours sur le même ton défaitiste: «Il est en outre particulièrement difficile d'appliquer le droit en vigueur aux médias sociaux car les exploitants de ce type de plateformes sont souvent actifs à l'échelle internationale, et que les législations nationales atteignent leurs limites.[61]»

IV. Le défaut de «compétences numériques»

Si aucune maîtrise des arcanes de l'Internet n'est requise pour tirer parti, en tant que consommateur, des multiples applications du numérique, il en va autrement pour qui entend légiférer sur la communication dans le cyberespace. Non qu'il faille exiger des parlementaires un doctorat en informatique, mais une compréhension basique des tenants et aboutissants des nouvelles technologies s'impose, en particulier de ses complexes et inédites implications sociales et économiques. Bienvenues sont aussi quelques connaissances de la psychologie des usagers de la toile, les réseaux sociaux, où souvent narcissisme rime avec inconscience, ayant notamment généré de nouveaux comportements à risques.

Force est de constater que trop souvent ce savoir minimal fait encore défaut au législateur. Certes, quelques élus, actifs sur le front de la réglementation du numérique, se font forts de suivre les diverses conséquences sociétales des mutations causées par les innovations technologiques[62]; reste que la plupart de leurs collègues paraissent plutôt dépassés par les évènements.

Ce déficit de compréhension ne devrait toutefois être que passager. L'acquisition, par la population, de compétences numériques (traduction plus ou moins heureuse de ce que les anglo-saxons appellent *digital litteracy*), est dorénavant un objectif politique majeur. Quant aux juristes, ils bénéficient depuis peu d'en-

---

contournée par le fournisseur de contenu en changeant d'adresse IP ou par les destinataires en utilisant un accès VPN.

61 Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2011 en réponse à la motion Amherd (11.3912).

62 On songe notamment à ces pionniers que sont les conseillers nationaux Viola Amherd et Jean Christophe Schwaab. Rien qu'en 2014, la première a œuvré pour le renforcement de la répression de la textopornographie (14.3367) et du *sexting* (13.4266), ainsi que la création d'un centre de compétences sur les nouveaux médias (14.3184). La même année, le second est intervenu pour réclamer des mesures contre le crash du bitcoin (14.5005) et la création de règles sur l'identification des auteurs de messages haineux sur Internet (14.3905), sur la mort numérique (14.3782), sur le contrôle *by design* (14.3739) et sur la revendication des données informatiques du failli (14.1064).

seignements postgrades interdisciplinaires en droit du numérique et en sciences computationnelles, voire en «humanités numériques»[63].

V. Les lenteurs du législateur

A juste titre, la Suisse peut être fière de son processus législatif hautement démocratique: en comparaison internationale, les possibilités d'intervention, au cours des travaux législatifs, des divers groupes d'intérêts, des parties prenantes comme du peuple en général sont nombreuses, que ce soit au début (représentation au sein du groupe de travail chargé de préparer une esquisse d'acte normatif ou un avant-projet de loi), au milieu (procédure de consultation) ou à la fin (référendum). Ces diverses étapes participatives non seulement servent à renforcer la légitimité des lois (et à trouver un consensus[64]), mais encore elles contribuent à l'amélioration de la qualité normative: «Wird aus Zeitgründen die Vernehmlassungsfrist verkürzt, auf die Erarbeitung einer Zusatzbotschaft verzichtet oder die Durchführung einer zweiten Lesung im Parlament ganz ausgelassen, so vergrössert sich die Gefahr von Fehlern und Unstimmigkeiten. Denn mit jeder der im ordentlichen Rechtsetzungsverfahren vorgesehenen Etappe geht eine Überprüfung und Überarbeitung des Normtextes einher. Gerade bei grossen und komplexen Rechtsetzungsvorhaben, die ohnehin fehleranfällig sind, sind solche Kontrollmechanismen wichtig[65]».

Ce processus démocratique a un prix: la lenteur[66]. En moyenne, il faut quelque quatre ans pour adopter ou réviser totalement une loi fédérale; un peu plus des deux tiers de ce temps sont absorbés par les travaux préparatoires[67]. La

63 Les humanités numériques sont définies comme l'application du savoir-faire des technologies de l'information aux questions de sciences humaines et sociales. «Cette nouvelle discipline scientifique est ainsi au croisement de l'informatique et des arts, lettres, sciences humaines et sciences sociales», Wikipédia, rubrique humanités numériques (état au 4.02.2015). Les retombées de ces nouvelles formations se font sentir jusque dans la doctrine juridique: les auteurs n'hésitent pas à décrire, dans le détail, les aspects technologiques du problème discuté. Pour un exemple éloquent de cette approche pluridisciplinaire, voir WOLFGANG STRAUB, Cloud Verträge – Regelungsbedarf und Vorgenhensweise, AJP 2014, p. 905 ss; plus d'un tiers de l'article est consacré à des considérations d'ordre technique, notamment la description des divers flux de données en jeu.

64 Voir la réponse du Conseil fédéral du 21 novembre 2011 à la motion Freysinger (12.3834): «Pour être satisfaisantes, les solutions proposées doivent recueillir une large adhésion. C'est pour cette raison que le groupe de travail représente l'ensemble des intérêts en jeu. Pour dégager des approches susceptibles de réunir le consensus, le groupe a besoin du temps qui lui a été imparti».

65 CHRISTOPH AUER, Zeitdruck und Zugzwang im gesetzgeberischen Alltag von Bund und Kantonen, LeGes 2014, p. 370.

66 PETER FORSTMOSER, Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Schweizer Gesetzgebung, in Alain Griffel (éd.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, p. 10. L'auteur ajoute encore une autre cause de retard: la nécessité de légiférer en trois langues.

67 Office fédérale de la justice, Guide de législation: Modules «loi», «ordonnance» et «initiative parlementaire», Berne 2013, p. 23 s.

durée de la phase de conception dépend de la complexité de la matière: elle sera plus courte si l'administration dispose elle-même du savoir scientifique nécessaire, plus longue s'il faut mandater des experts extérieurs[68]. Il y a lieu de noter que si la consultation proprement dite est limitée à trois mois, l'évaluation des résultats prend notablement plus de temps (jusqu'à une année)[69].

On relèvera que les (rares) projets législatifs d'envergure en rapport avec le numérique ont tous tendance à se prolonger. Ainsi, cela fait déjà trois ans que l'Office fédéral des assurances sociales planche sur la question (préalable) de l'opportunité de donner à la Confédération la compétence de légiférer sur la protection des jeunes face aux nouveaux médias; cette très longue durée s'explique notamment par le choix de confier à des experts extérieurs quatre mandats de recherche sur des sous-thématiques spécifiques[70]. Quant à la révision de la loi fédérale de la protection des données, commandée notamment par les menaces sur la protection de la personnalité générées par les réseaux sociaux, elle se «hâte lentement»: lancée en 2010 par une évaluation de la loi actuelle, laquelle a mis en lumière la nécessité d'un renforcement de la protection[71], elle s'est poursuivie, fin 2014, par la remise au Conseil fédéral d'une esquisse d'acte normatif[72]. Autant dire que cinq ans après le début des travaux, on n'a toujours pas dépassé le stade de la réflexion préalable; la procédure de consultation sur un avant-projet de révision n'est pas attendue avant 2016; un message au Parlement pour 2018, au plus tôt …

---

68 Martin Wyss, Gesetzgebung unter Zeitdruck und Zugzwang, LeGes 2014, p. 357.

69 Guide de législation (note 68), p. 24.

70 Mandat 1: Evolutions et tendances d'utilisation dans le domaine des médias numériques et défis qui en résultent pour la protection des jeunes face aux médias; mandat 2: Recensement et contrôle des activités régulatrices des cantons; mandat 3: Evaluation de la mise en œuvre et de l'effet des mesures d'autorégulation de la branche des médias en Suisse dans les domaines du cinéma, des jeux vidéo, des télécommunications et de l'internet; mandat 4: Analyse des modèles de régulation d'autres pays concernant des médias spécifiques ou communs à plusieurs supports, identification des exemples de bonnes pratiques et formulation de recommandations pour la Suisse.

71 Büro Vatter AG et Institut für Europarecht (Universität Freiburg), Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz, Schlussbericht, Berne, 10 mars 2011.

72 Dans son Rapport sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011 (FF 2012 255 ss), le Conseil fédéral a défini les grands axes de la réflexion à entreprendre: «La révision de la LPD devrait avoir pour objectif principal d'adapter la loi aux développements technologiques et sociétaux intervenus depuis son entrée en vigueur. C'est pourquoi il entend axer sa réflexion sur les quatre problématiques centrales liées aux évolutions technologiques et sociétales en cours, soit 1. L'accroissement du volume des données traitées; 2. Les traitements de données difficiles à reconnaître comme tels, aussi bien pour les intéressés que pour le PFPDT; 3. L'internationalisation croissante des traitements de données; 4. La difficulté toujours plus marquée à garder le contrôle de données une fois qu'elles ont été rendues publiques» (p. 268).

C. Les carences du régime juridique actuel

I. Généralités

La présente section entend mettre en lumière les carences du cadre juridique qui régit actuellement le cyberespace en Suisse. Il est toutefois hors de question de dresser un état des lieux exhaustif, ni même approximatif, de toutes les défaillances du régime juridique du cyberespace. Faute de ressources – il faudrait passer au peigne fin l'ensemble des actes normatifs actuellement en vigueur –, nous ne dénoncerons que des manquements saillants ou des carences emblématiques de la passivité du législateur. A eux seuls, ils suffisent à attester tant de l'incertitude légale qui prédomine aujourd'hui que de l'illégitimité de certaines mesures prises pour y remédier.

Comme on aura l'occasion de s'en rendre compte dans les sous-sections suivantes, nombre de normes sont vagues, contradictoires, dépassées ou dépourvues de force contraignante. Plus le numérique resserre son étau sur notre quotidien, plus les défauts du régime juridique censé le régir deviennent apparents. Mais ce n'est pas tout: ce régime est non seulement vague (II.1) ou dépassé (II.2), mais encore lacunaire (II.3); dans bien des cas, les normes topiques font défaut. Occasionnellement, la jurisprudence s'est évertuée à boucher les trous, mais pas toujours avec succès. Quant au droit international de la communication en ligne, il est de peu de secours, car, comme nous le verrons (IV), il souffre des mêmes déficiences.

Avant d'ausculter le cadre juridique du cyberespace, il importe de souligner d'emblée son caractère éminemment *hétérogène*; celui-ci est en effet constitué à la fois de normes visant spécialement la communication en ligne (signature électronique, spamming, etc.) et de normes, disparates, ressortissant au «droit commun» de la communication (protection de la vie privée et de l'honneur, droit de la publicité, répression de la pornographie, etc.). Beaucoup plus nombreuses, ces normes générales sont éparpillées dans une foultitude de textes légaux allant du code civil au code pénal en passant, entre autres, par les législations sur la propriété intellectuelle, sur la protection des données ou sur les télécommunications, ou encore sur les archives, sans oublier la constitution fédérale qui garantit la liberté de l'information (art. 16), de l'art (art. 21) ou de la langue (art. 18). On notera en outre que la plupart des règles relevant du droit commun de la communication remontent à l'ère d'avant Internet (ou à tout le moins à une époque où Internet était encore dans les limbes). Quoi qu'il en soit, le corpus normatif qui résulte de cette coupe transversale de l'ordre juridique se révèle éclaté et désorganisé.

Hétérogène, le cadre juridique du droit du cyberespace l'est aussi en raison de la nature très variée des normes pertinentes. Certaines relèvent, on vient de le voir, du droit dur; d'autres, pas moins nombreuses, ressortissent au *soft law*

(tels les recommandations du Préposé fédéral de la protection des données ou les règles de déontologie des annonceurs, ou encore les codes de conduites des fournisseurs de services en ligne), d'autres encore relèvent du droit privé des contrats (à commencer par les conditions générales d'usage de Facebook ou de Twitter).

II. Un droit incertain

1. L'abus des concepts indéterminés

Une partie importante des règles régissant le droit du cyberspace repose sur des prescriptions formulées en termes vagues ou ambigus[73]. Ce flou normatif résulte du fréquent usage de concepts juridiques indéterminés[74]. Certes, pareille technique législative n'est pas propre au droit de la communication[75]; reste que si les concepts juridiques indéterminés fleurissent aux quatre coins de notre ordre juridique, ils ont trouvé, dans le domaine qui nous intéresse, leur terre d'élection. En effet, ils offrent au législateur une assurance contre les incertitudes liées à une réalité difficile à appréhender et/ou hautement évolutive; leur libellé imprécis permet en effet de moduler l'application concrète de la norme en fonction de changements des circonstances ou de l'amélioration du niveau des connaissances scientifiques.

Le véritable classique du genre est assurément le concept d'*intérêt prépondérant*. Rédigé sous forme de condition, il permet de déroger à une règle claire, si des motifs impératifs commandent de faire une exception; pour juger du caractère impératif, il convient d'opérer une balance des intérêts en présence. L'art. 28 CC, qui institue une protection générale de la personnalité, est emblématique de cette technique législative; son al. 2 prévoit en effet que, à défaut du consentement de la personne concernée ou d'une base légale spécifique, la licéité d'une atteinte à la personnalité dépendra de l'existence d'un intérêt privé ou public supérieur. Lorsque l'on sait que cette disposition régit, sans qu'il en soit fait d'ailleurs la moindre mention, des biens aussi divers que l'image, la voix, l'honneur ou la vie privée[76], le minimalisme dont a fait preuve le législa-

---

73 «Les formules floues, vagues et ambiguës, qui vont rendre l'application difficile, sont fréquemment le produit d'une indécision du législateur sur les enjeux réels», PIERRE MOOR, Dynamique du système juridique, Zurich 2010, p. 190.

74 Il résulte aussi du recours, tout aussi fréquent, à des termes génériques, qualifiés de «technologiquement neutres»; nous y reviendrons, cf. infra D.II.2.

75 Pour des exemples dans des matières aussi diverses que le droit commercial, le droit social ou le droit de la concurrence, voir Eleanor Cashin Ritaine et Elodie Maître Arnaud (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Enseignements de 3e cycle de droit 2007, Bâle et Bruxelles 2008. La présente sous-section s'appuie d'ailleurs sur notre contribution à cet ouvrage: Les concepts juridiques indéterminés: un oreiller de paresse pour le législateur?, p. 611 ss.

76 Il avait été question d'énumérer dans le texte même de l'art. 28 CC les divers biens protégés; cette option, qui avait l'avantage de la clarté, fut finalement écartée par le Conseil fédéral: «On

teur est regrettable, car il nuit fortement à la compréhensibilité de la norme. Que répondre en effet à un particulier qui s'enquiert de la possibilité de publier sur Instagram une photo de badauds qui déambulent devant le Palais fédéral? Que c'est à lui-même de trouver la solution en mettant en balance les intérêts des passants à la protection de leur vie privée avec son intérêt personnel à publier un souvenir de vacances? Pareille réponse ne manquera pas d'irriter notre interlocuteur. Il attend en effet un conseil utile, fondé sur une règle de droit claire et compréhensible, et non un renvoi à une opération intellectuelle qui requiert des connaissances juridiques et dont le résultat est hasardeux, tant la pondération des intérêts peut être subjective[77].

La notion d'intérêt supérieur n'est pas le seul concept juridique indéterminé susceptible d'hypothéquer la bonne application du droit de la communication électronique; il y en a bien d'autres. En voici les principaux:

- La *bonne foi*. Toute personne qui traite des données personnelles doit respecter ce principe directeur (art. 4 al. 2 de la loi fédérale sur la protection des données[78]); reste que cette obligation a une portée très large, car la notion de traitement vise n'importe quelle opération sur des données (art. 3 let. e LPD), ce qui revient à couvrir l'ensemble du processus communicatif, en amont (collecte, conservation) comme en aval (diffusion, réception, destruction).
- Le caractère *individuel*. C'est un critère décisif en matière de droit d'auteur (art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur le droit d'auteur[79]); si l'œuvre considérée répond à ce critère, elle bénéficie de la protection offerte par la législation sur le droit d'auteur, partant sa communication est restreinte. Sinon, quiconque peut librement la reproduire, la modifier ou la diffuser.
- Le comportement *trompeur*. Ce concept central du droit de la concurrence déloyale entraîne la prohibition de toute pratique commerciale – notamment

---

peut se demander si cette reconnaissance générale d'un droit de la personnalité n'appelle pas une concrétisation des biens protégés. En dépit des avantages que pourrait procurer cette formule, le Conseil fédéral renonce à faire figurer une telle énumération dans son projet. (...) ensuite parce que toute tentative pour compléter la liste en reconnaissant de «nouveaux» droits appellerait de nombreuses précisions qui alourdiraient le texte de la loi et pourraient à la limite en freiner l'évolution. C'est pourquoi il est préférable de s'en tenir à une formule abstraite et générale, afin de laisser à la jurisprudence toute latitude». Message à la révision des articles 28 ss CC, FF 1982 II 682 s.

77 Autres exemples tout aussi édifiants de la technique de la balance des intérêts: l'art. 173 al. 3 CP, qui permet au diffamateur de s'exculper en démontrant que ses propos attentatoires à l'honneur étaient justifiés par un intérêt public supérieur, l'art. 9 LPD aux termes duquel l'accès de la personne concernée aux données sur son compte contenues dans un fichier peut être refusé ou restreint si un intérêt public ou privé prépondérant l'impose, et encore l'art. 7 al. 2 LTrans qui prévoit que des informations secrètes (car relevant de la sphère privée) peuvent être néanmoins communiquées si un intérêt public prépondérant le justifie.

78 RS 235.1 (LPD).

79 RS 231.1 (LDA).

publicitaire – si elle induit en erreur le consommateur (art. 2 de la loi contre la concurrence déloyale[80])[81].

- La notion de média à *caractère périodique* se retrouve dans plusieurs textes régissant le droit de la communication; d'elle dépend notamment la possibilité d'exercer un droit de réponse (art. 28g du code civil[82]), de bénéficier du secret rédactionnel (art. 28a du code pénal[83]) ou encore de restreindre le droit d'accès consacré par la loi sur la protection des données (art. 10 al. 1 LPD).

Parfois, le législateur combine plusieurs concepts juridiques indéterminés, l'un venant renforcer ou mitiger l'autre. A titre d'exemple, les conditions mises à l'octroi de mesures provisionnelles protectrices de la personnalité à l'encontre des médias (art. 28c CC): il faut non seulement que l'atteinte soit *particulièrement* grave, mais encore que le préjudice soit *difficilement* réparable et que sa justification ne soit pas *manifestement* donnée. Autre exemple, la notion d'*inutilement blessant* que l'on trouve à deux reprises dans la loi sur la concurrence déloyale, respectivement en cas de dénigrement du concurrent et en cas de publicité comparative (art. 3 let. a et e LCD). Ces cumuls de concepts indéterminés n'apportent pas de précision supplémentaire; au contraire, ils ne font que doubler, voire tripler l'incertitude.

La doctrine, dans sa grande majorité, s'accommode parfaitement des concepts indéterminés; non seulement les auteurs relèvent que leur plasticité est un gage d'intemporalité, mais ils rappellent qu'une certaine imprécision est en définitive inhérente au système juridique, lequel ne peut pas tout prévoir.[84] Assurément …, mais force est de constater qu'à l'ère du tout numérique, la flexibilité se retourne contre le législateur. En effet, l'indétermination est, à la rigueur, défendable, si la norme ne régit que les activités d'un cercle restreint d'acteurs, tels les radiodiffuseurs ou les fournisseurs de services de télécommunications, lesquels disposent de départements juridiques pour les conseiller; il en va de même si l'indétermination vise des professionnels qui, à l'instar des journalistes, ont été instruits des contraintes légales qui affectent l'exercice de leur métier. L'indétermination n'est en revanche plus admissible lorsque le comportement de tout un chacun est en jeu, comme dans l'univers hyperconnecté du numérique[85].

---

80 RS 231 (LCD).

81 On relèvera que cette clause générale fait aussi appel, à titre subsidiaire, à un autre concept juridique indéterminé: la notion de bonne foi déjà mentionnée. En effet aux termes de l'art. 2 LCD «Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi …».

82 RS 210 (CC).

83 RS 311.0 (CP).

84 Voir la doctrine citée par Bertil Cottier (note 75), p. 619 s.

85 Michel Jaccard et Lê-Binh-Hoang soulignent ainsi que l'incertitude législative est à la rigueur admissible dans le cadre du commerce B2B, mais pas du B2C (Internet, médias sociaux, applications: terrains propices à la déloyauté commerciale, in: Jacques de Werra (éd.), Défis du droit de la concurrence déloyale, Zurich 2014, p. 150).

Notons enfin que le législateur justifie souvent son penchant pour les concepts indéterminés en mettant en exergue le caractère passager de l'indétermination; les précisions nécessaires, affirme-t-il à l'envi, seront apportées au vu d'espèces concrètes, par la jurisprudence[86]. L'argument a toutefois perdu de sa pertinence à l'heure du cyberspace. D'abord, les tribunaux ne donnent une réponse que s'ils ont été saisis par un justiciable, ce qui peut se faire attendre, voire ne jamais arriver. Ensuite et surtout, le constat de manque de connaissances scientifiques des nouvelles réalités, que nous avons dressé à l'encontre du législateur, vaut aussi pour les juges: comme lui, ils peinent à donner une réponse appropriée à des technologies dont les fonctionnalités souvent leur échappent[87].

2. *Des règles obsolètes*

a. *L'obsolescence passagère*

On le sait[88], la fulgurance du progrès technique et les profonds changements sociétaux qu'il induit sont la caractéristique intrinsèque de l'ère numérique. Ces imprévisibles et incessantes mutations menacent d'obsolescence les règles de droit à une cadence beaucoup plus élevée qu'auparavant.

Il va sans dire que la menace vise au premier chef toute réglementation explicitement fondée sur une technologie donnée; ainsi, à chaque fois qu'un ancien vecteur de communication est supplanté par un nouveau, la règlementation qui le prenait pour cible devient caduque; ce fut le cas, par exemple, lorsque le *world wide web* éclipsa le lourd et coûteux vidéotex[89].

Caduque, mais non abolie pour autant. Parallélisme des formes oblige, l'adoption et l'abrogation des normes doivent obéir aux mêmes procédures[90]. En conséquence, l'abrogation par désuétude n'existe pas; la norme obsolète ne disparaîtra du recueil officiel des lois que sur intervention du législateur[91].

---

86 Voir par exemple FF 1982 II 683 (droit de la personnalité).

87 Pour un exemple, voir l'arrêt de la Cour civile du canton du Jura (12 février 2012), dans la cause Albert Tanneur Institut & Co. Sàrl c./Google Inc.; l'affaire concernait l'application *Google Suggest*, qui offre à l'utilisateur du moteur de recherche Google des propositions de référencements dont les juges ont méconnu les implications réelles (cf. la critique de Sébastien Fanti, Jusletter, 26 mars 2012).

88 Cf. supra B. II.

89 Ainsi, l'ordonnance du Conseil fédéral du 26 novembre 1986 sur le vidéotex (RS 780.104), qui fut adoptée par le Conseil fédéral quand cet ancêtre de l'Internet était déjà sur le déclin, a régi pendant quelques années un service qui n'existait plus. Elle ne fut toutefois formellement abrogée que le 1er mai 1992 (RO 1992 848). Pour une présentation des causes de l'insuccès du vidéotex, voir Marielle Stamm, la Saga du Vidéotex, in Peter Haber (éd.), Histoire de l'ordinateur en Suisse – Un état des lieux, Zurich 2009, p. 143 ss.

90 Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2013, p. 621 ad 1759.

91 La coutume abrogatoire, autrement dit la perte de validité de la loi par désuétude, n'est pas une institution consacrée par le doit suisse (ce qui ne veut pas dire que cette institution ne soit pas

D'ordinaire, l'acte normatif par lequel le législateur réglemente une nouvelle technologie renferme, dans ses dispositions finales, une clause abrogeant la réglementation régissant l'ancienne technologie.

Il peut toutefois arriver que le législateur n'intervienne pas, notamment lorsque la nouvelle technologie n'a pas chassé l'ancienne, mais que les deux technologies coexistent en parallèle. Peut-on alors étendre, par une interprétation téléologique (similitude des intérêts protégés) ou systématique (cohérence du système juridique)[92], l'application de la réglementation visant spécifiquement l'ancienne à la nouvelle? Si les deux technologies satisfont aux mêmes besoins suivant des modalités semblables, on répondra par l'affirmative. Ainsi, il a été décidé en 2012 que les détenteurs d'ordinateurs ou de tablettes disposant d'un logiciel de navigation Internet seraient assujettis au paiement de la redevance radio, au motif que la qualité de réception était désormais de même niveau que pour un poste de radio classique[93].

Pareil raisonnement n'est cependant pas possible en droit pénal, où prévaut le principe *nulla poena sine lege certa*. Ce principe cardinal du droit sanctionnateur s'oppose en effet à la création d'un nouvel état de fait punissable par simple voie d'interprétation[94]. Ainsi, le Tribunal fédéral a refusé d'assimiler sans autres les messages électroniques aux courriers postaux traditionnels; en l'espèce, le champ d'application de l'art. 179 CP, qui sanctionne «celui qui, sans en avoir le droit, aura ouvert un pli ou colis fermé pour prendre connaissance de son contenu», ne saurait être étendu aux *emails*[95].

---

indirectement reconnue dans certains cas; pour plus de détails, voir JEAN-FRANÇOIS PERRIN, La désuétude constitue-t-elle un mode abrogatoire reconnu par le droit fédéral?, SJ 1986, p. 561 ss).

92 ATF 136 III 283 (cons. 2.3.1): «Conformément à une jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique).»; dans le même sens, ATF 135 II 416 (cons. 2.2), ATF 134 I 184 (cons. 5.1, et les arrêts cités).

93 Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 13 avril 2012 (A-2811/2011). Cette extension de l'assujettissement a été facilitée par le fait que le législateur, au préalable, avait soumis à la redevance les installations de réception «multifonctionnelle» (art. 68 LRTV; voir aussi l'art. 57 de l'ordonnance sur la radio et la télévision, RS 784.402).

94 «Si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe nulla poena sine lege interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables. Lorsqu'il constate une lacune proprement dite de la loi, le juge a le devoir de la combler avec cette réserve qu'en matière pénale, sa démarche ne saurait que profiter à l'accusé.», ATF 137 IV 100 (voir aussi ATF 103 IV 129).

95 Il est vrai que dans le cas d'espèce l'accès à la messagerie électronique n'était pas sécurisé par un mot de passe; partant, l'analogie avec les conditions d'incrimination posées par l'art. 179, qui protège un courrier *fermé*, était moins évidente. Si la messagerie avait été protégée par un mot de passe, les juges fédéraux auraient dû trancher un délicat conflit de doctrine: certains auteurs préconisent l'extension de l'art. 179 CP au courrier électronique, d'autres, plus nombreux, s'y

b. L'obsolescence structurelle

aa. Généralités

L'obsolescence peut affecter un acte normatif entier. Il en est ainsi lorsque les concepts clefs sur lesquels il repose se retrouvent en porte-à-faux avec une réalité nouvelle et inédite. Nous illustrerons ce risque par deux exemples. Le premier est actuel: la multiplication des plateformes de diffusion en ligne de produits audiovisuels menace les fondements mêmes de la loi fédérale sur la radio et la télévision[96]; le second exemple n'est encore que virtuel (même si cela n'est plus pour longtemps): le prochain avènement du *Big Data*[97] ébranlera les assises conceptuelles de la législation sur la protection des données.

Un troisième exemple aurait pu être évoqué: celui du commerce électronique qui, lui aussi, remet en question de nombreux pans des règles traditionnelles sur le contrat de vente[98]. Nous ne le laisserons de côté, car cette question a déjà fait l'objet de nombreuses publications[99]; de surcroît, une contribution spécifique du présent volume traite de ses délicats aspects internationaux[100].

bb. L'obsolescence de la législation sur la radio et la télévision

Pourtant révisée totalement en 2007, puis partiellement pas plus tard qu'en 2014[101], la LRTV voit son empire, toujours et encore, déterminé par la vétuste

---

opposent; voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 décembre 2014 (6B_615/2014) et la doctrine citée au cons. 5.

96 RS 784.40 (LRTV).

97 Pour une brève explication du *Big Data* et de ses potentialités, cf. supra B. II. Pour un état des lieux des divers risques que le *Big Data* fait planer sur la vie privée, voir le dossier publié par Martin Enserick et Gilbert Chin, The End of Privacy, in: Science, vol. 347, janvier 2015. Voir aussi, dans une perspective certes américaine mais néanmoins très instructive, le rapport Podesta (du nom de son auteur principal, le conseiller du président Obama pour la protection de la vie privée, John Podesta): Big Data, Seizing Opportunities, Preserving Values, Washington, mai 2014.

98 Voir le rapport de la Commission de gestion du Conseil national demandant un renforcement de la protection du consommateur, Berne, 9 novembre 2004 (FF 2004 4689); les parlementaires demandaient notamment l'institution d'un droit de révocation (p. 4700 s.). En vain, le Conseil fédéral refusa d'entrer en matière au motif que tel droit serait incompatible avec la liberté contractuelle et entraînerait une augmentation des prix.

99 Voir, entre autres, Rolf R. Weber, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2ème éd., Zurich 2010.

100 Voir la contribution de Mira Burri.

101 Le principal axe de la révision est la modification des règles d'assujettissement à la redevance radio-télévision. Jusqu'à maintenant conditionnée à la détention d'un appareil destiné à la réception de programmes» (art. 68 al 1 LRTV), la redevance sera perçue par foyer, indépendamment de la possession ou non d'un récepteur. Cette modification est la conséquence directe du progrès technique. La déferlante des appareils dits multifonctionnels (ordinateurs, tablettes ou encore smartphones) a rendu obsolète un critère d'assujettissement conçu au temps des «bons vieux» postes de radio ou de télévision; pour plus de détails sur les tenants et aboutissants de cette révision, voir le message du Conseil fédéral à la révision partielle de la LRTV, FF 2013 4425 ss.

notion de *programme*; remontant aux premiers temps de la radiodiffusion, elle conditionnait déjà le champ d'application de la première loi en la matière[102].

La notion de programme est le concept clef de la LRTV; d'elle dépend la soumission ou non d'un produit audiovisuel quelconque au régime juridique de la radiodiffusion. Si le produit considéré ne constitue pas un programme, la LRTV ne s'applique pas; le diffuseur n'est alors tenu d'obéir qu'au seul droit commun de la communication. En revanche, si le produit revêt la qualité de programme, la LRTV s'applique dans son intégralité. Ce qui n'est pas une sinécure, puisque cette loi institue le carcan le plus contraignant de tout le droit de la communication: le diffuseur doit d'une part faire preuve d'une diligence accrue dans le traitement de l'information (il est en particulier obligé de présenter les évènements fidèlement[103]), d'autre part se conformer à de très nombreuses prescriptions en matière de publicité et de parrainage.

Selon l'art. 2 let. a LRTV, un programme est défini comme «une série d'émissions offertes en continu dont le déroulement est programmé, transmises par des techniques de télécommunication et destinées au public en général». Cette définition s'avère désormais périmée, car les critères de «continuité» et de «déroulement programmé» renvoient à une vision désuète de la radio et la télévision: celle d'un produit audiovisuel dont la diffusion est fonction d'un horaire précis (en langage courant: la grille des programmes). Or, aujourd'hui, la radio et la télévision sont de plus en plus consommées à la demande, à partir de plateformes en ligne; numériques et interactives, celles-ci permettent non seulement de recevoir des émissions en temps réel ou en différé (radiodiffusion de rattrapage), mais aussi de les commenter et d'accéder à une foultitude de compléments informatifs de natures diverses (textes, photos, vidéos). La conséquence juridique de cette innovation frise l'absurde. La même émission sera en effet soumise à un régime juridique différent selon qu'elle est diffusée sur les ondes ou qu'elle est disponible à la demande sur une plateforme Internet: dans le premier cas elle est soumise à la LRTV, dans le second cas elle y échappe[104]. Sans parler d'une autre conséquente aberrante de la vétuste notion de programme: le non-assujettissement, même partiel, au régime de la radio-télévision des médias sociaux – à commencer par YouTube – dont l'offre de prestations

102 Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision, RO 1992 601.

103 Art. 93 al. 2 Cst. et art. 4 LRTV.

104 L'art. 5a de la LRTV révisée soumet à certains égards l'offre numérique complémentaire de la SSR au régime juridique de la radio et de la télévision. Dictée par des considérations de politique des médias, cette extension du champ d'application de la LRTV à l'offre audiovisuelle en ligne du seul diffuseur de service public est discriminatoire. Ce d'autant que depuis 2007 déjà, le droit communautaire prévoit l'application partielle du régime de la radiodiffusion à toutes les offres en ligne de type complémentaire (services dits non linéaires, voir l'art. 1 al. 1 let. g de la directive UE 2010/13 du 10 mars 2010 sur les services de médias audiovisuels. Les versions électroniques des journaux et des magazines de la presse écrite sont en revanche exclus du champ d'application de ladite directive (préambule, cons. 28).

audiovisuelles tend à se rapprocher toujours plus de celle de la radiodiffusion en ligne[105].

cc. L'obsolescence prochaine de la loi sur la protection des données

La loi fédérale sur la protection des données consacre, à son art. 3, deux concepts clefs: celui de «données personnelles» (let. a) et celui de «fichier» (let. g). Le premier, qui recouvre «toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable[106]», délimite le champ d'application matériel de la loi. Seuls les traitements de données qualifiées de personnelles tombent sous son empire, et partant doivent respecter les rigoureuses exigences posées par ce texte; le traitement de données non personnelles n'est en revanche pas soumis à la LPD. Quant au concept de «fichier», il renvoie à un ensemble d'informations structurées suivant des rubriques précises; partant, il conditionne une institution originale de la protection des données: le droit d'accès (art. 8 LPD), lequel permet aux particuliers d'obtenir des renseignements sur les données qui les concernent détenues par des tiers; cette prérogative, qui ouvre notamment la voie à des actions en correction de données fausses ou en suppression de données périmées ne peut être exercée qu'à l'encontre d'informations contenues dans un fichier.

Tant le concept de données personnelles que celui de fichier seront mis à mal par l'arrivée en force du *Big Data*[107]. En effet, la faculté de traiter en masse des données non structurées rendra la constitution de fichiers inutile. Faute de fichiers, le droit d'accès se réduira alors à une coquille vide; partant, le citoyen se retrouvera dépossédé d'une prérogative indispensable à la pleine maîtrise sur ses données personnelles.

Plus grave: la possibilité de profiler des individus par le biais de l'analyse de volumes gigantesques de données a priori anonymes abolira tout sens à la distinction entre données personnelles, soumises à la LPD, et données non personnelles, qui ne le sont pas. Dorénavant, toute donnée devra être qualifiée de per-

105 Absurdité dénoncée aussi par Nicolas Capt, commentaire de l'art. 1 LRTV, in: Denis Masjeman, Bertil Cottier et Nicolas Capt (éd.), Loi sur la radio-télévision, Berne 2014, p. 46 ad 64: «Une telle situation, aberrante, va précisément à l'encontre du principe de la convergence qui est de dire qu'avec l'évolution des technologies, le type de réseau de télécommunications cesse de conditionner l'usage que l'on peut en faire. Juridiquement cela signifie la caducité de tous les critères basés sur le moyen d'acheminement de l'information.».

106 «Une personne (physique ou morale) est identifiable lorsque, par corrélation indirecte d'informations tirées des circonstances ou du contexte (...), il est possible de l'identifier avec les moyens technologiques disponibles», Philippe Meier, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, p. 202 ad 432, ainsi que la jurisprudence citée en note 494.

107 Le *Big Data* menace aussi d'autres concepts clefs de la LPD, tels ceux de finalité et de transparence des traitements de données; voir à ce sujet Florent Thouvenin, Erkannbarkeit und Zweckbindung: Grundprinzipien des Datunschutzrechts auf dem Prüfstand von Big Data, in: Rolf H. Weber et Florent Thouvenin (éd.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zurich 2014, p. 61 ss.

sonnelle, car aisément rapportable à une personne «identifiable»[108]. En conséquence, la loi sur la protection des données aura vocation à s'appliquer à toute opération sur des données quelles qu'elles soient; une singularité qui fera perdre à ce texte tout signification, comme l'a prédit le préposé zurichois à la protection des données, Bruno Baeriswyl: «Wird «Big Data» im umfassenden Sinne als Ansammlung möglichst vieler Daten verstanden, ist grundsätzlich von einem möglichen Personenbezug dieser Daten auszugehen. Dies lässt sich aus dem umfassenden Begriff des «Personendatums» nicht anders ableiten. Damit würde aber jegliches Veröffentlichen von Daten, das zur Verfügungstellen von Zugriffen usw. als datenschutzrelevant zu qualifizieren sein, selbst wenn die Daten anonymisiert sind. Es bräuchte demnach auch für die Bekanntgabe anonymisierter Daten eine gesetzliche Grundlage oder einen Rechtfertigungsgrund. Weiter würde dies beinhalten, dass der einzelne Datenbearbeiter für seine Datenbekanntgaben verantwortlich ist, und zwar auch dafür, was mit diesen (anonymisierten) Daten geschieht. Doch so weit will heute niemand das Datenschutzgesetz auslegen.[109]».

3. *Un droit lacunaire*

a. *Introduction*

Dans de nombreux domaines, la plasticité des concepts juridiques indéterminés ou, le cas échéant, l'interprétation extensive, ne sont d'aucun secours; les différences entre réalité nouvelle et réalité ancienne sont en effet trop grandes pour être surmontées sans l'intervention du législateur. Tel est le cas des services de messageries offerts par certains exploitants de médias sociaux; leurs modes de fonctionnement sont aux antipodes de la téléphonie (fixe ou mobile) classiques[110]. Tel est aussi le cas de la succession numérique, autrement dit du sort des données laissées sur Internet par des personnes décédées[111].

---

108 Comme l'a relevé, avec un brin provocation, le rédacteur en chef adjoint de la revue *The Futurist*, le croisement de mégadonnées fera de l'anonymat une impossibilité mathématique (Patrick Tucker, Has Big Data Made Anonymity Impossible? MIT Technology Review, 7 mai 2013).

109 Bruno Baeriswyl, «Big Data» ohne Datenschutz-Leitplanken, digma 2013, p. 16. Voir aussi NeoLex Avocats, Big Data: vers une perte certaine de notre anonymat?, contribution sur le blog Droit et innovation (6 mai 2013); dans le même sens, mais dans une perspective limitée aux conséquences négatives sur la recherche académique portant sur des données personnelles, voir Thomas Probst, Der Unbestimmte «Bestimmbarkeit» der von Daten betroffenen Person im Datenschutz, AJP 2013, p. 1435 s.

110 «Un exemple de ce cas de figure est celui des messages envoyés par un membre de Facebook à un autre au moyen de Facebook-Messenger. Indépendamment du fait qu'il est difficile, avec les instruments actuels, de faire appliquer le droit national des télécommunications contre des exploitants de plateformes sans siège en Suisse et actifs au niveau mondial, de nombreuses dispositions du droit des télécommunications en vigueur ne sont de toute manière pas adaptées aux activités de ces derniers.», Rapport CF réseaux sociaux (note 49), p. 14.

111 «Le droit des successions, le droit des personnes et la loi sur la protection des données n'offrent en la matière qu'une réponse incomplète.», Rapport CF réseaux sociaux (note 49), p. 90.

Tenant à des fonctionnalités inédites, à des modalités de communication originales ou tout simplement à des retombées non désirables, ces différences majeures requièrent des solutions législatives taillées sur mesure. Quelquefois, elles ont été apportées par le législateur, plus rarement par les tribunaux; mais cette nécessaire réglementation ad hoc fait encore défaut dans de trop nombreux cas. Reste que, mis sous pression par le Parlement et par les diverses parties prenantes, le Conseil fédéral a enfin lancé certains travaux législatifs qui se faisaient attendre depuis trop longtemps: la révision totale de la loi sur la protection des données, la loi réforme de la loi sur le droit d'auteur et la définition du statut juridique des intermédiaires techniques.

b. Les quelques réponses du législateur

Certaines réponses se résument à des ajustements ponctuels de législations existantes, telle la répression du spamming[112], les restrictions à l'usage des témoins de connexion *(cookies)*[113] ou encore la licéité de la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans la mémoire cache des ordinateurs[114]. D'autres sont les aboutissements de chantiers législatifs de plus grande échelle, tendant à mettre des pans entiers de notre ordre juridique en conformité avec la nouvelle donne engendrée par l'ère du numérique. Ainsi, au terme d'une longue période d'essais[115], le Parlement fédéral a pris une palette de mesures destinée non seulement à reconnaître la signature électronique, mais aussi à en favoriser l'usage[116]: le code des obligations a été modifié pour lui donner la même valeur juridique que la signature manuelle classique, lorsque la loi soumet la validité d'un contrat à la forme écrite[117]. Au surplus, une procédure originale d'homologation des signatures électroniques par le truchement de four-

---

112 Art. 3 let. o de la LCD ainsi que les art. 45a de la loi fédérale sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) et 82 de l'ordonnance sur les services de télécommunication (RS 784.101.1). Ce dispositif consacre la solution dite de l'*opting in*: des courriels commerciaux non sollicités ne peuvent être expédiés qu'à des personnes qui ont préalablement donné leur consentement explicite à pareils messages; l'autre solution, dite de l'*opting out*, aurait autorisé les entreprises à expédier sans autres des envois de masse, sauf à respecter la volonté de toute personne qui ne veut pas en recevoir.

113 Art. 45c LTC. On signalera en passant que la solution adoptée par le législateur suisse est plus libérale que celle adoptée par le législateur européen. L'art. 6 al. 3 de la directive 2002/58 CE sur la vie privée et les communications électroniques prohibe toute implantation de cookies sans le consentement préalable du destinataire *(opting in)*; le droit suisse autorise l'utilisation de cookies tant que le destinataire n'a pas protesté *(opting out)*.

114 Art. 24a LDA. Cette même révision partielle du 5 octobre 2007 (RO 2008 2421) a également introduit l'art. 19 al. 3bis LDA, qui sanctionne la copie d'œuvres illicitement disponibles à la demande.

115 Nous y reviendrons lorsque nous aborderons les législations expérimentales, cf. infra D.II.5.a.

116 On rappellera que la signature électronique est plus qu'une simple signature au sens commun du terme; de fait, il s'agit d'un instrument original (et complexe) destiné à la fois à authentifier l'auteur d'un document électronique et à garantir l'intégrité du document.

117 Art. 14 al. 2bis CO.

nisseurs de services de certification agréés a été instituée[118]. Autres exemples de larges adaptations législatives: le corps de règles fédérales et cantonales sur le vote électronique[119], la réglementation sur les noms de domaines qui affectent la Suisse[120], les normes pénales destinées à sanctionner la criminalité informatique[121], sans oublier les dispositions de procédure pénale sur la surveillance secrète[122].

c. *Les quelques réponses de la jurisprudence*

Certaines lacunes n'ont pas été comblées par le législateur, mais par les tribunaux au fil des litiges qu'ils ont eu à trancher.

Bien qu'elle soit fragmentaire et encore peu nombreuse, la jurisprudence du Tribunal fédéral (faute de place on se limitera à celle-ci) a permis d'apporter des clarifications quant à la responsabilité des fournisseurs de liens et des générateurs de contenus, quant aux modalités de monitorage en ligne des employés par l'employeur, ou encore quant à la portée du secret rédactionnel sur les plateformes médiatiques. Plus précisément:

- l'exploitant d'un forum de discussions est pénalement responsable pour les communications illicites de tiers qu'il diffuse, s'il en a connaissance et omet de les supprimer; il n'est toutefois pas astreint à monitorer les contributions des participants[123];
- celui qui crée intentionnellement un lien hypertexte vers un site litigieux est pénalement responsable[124];

---

118 Voir la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (RS 943.03) et l'art. 59a CO qui régit la responsabilité du titulaire d'une clé privée en cas d'utilisation abusive.

119 Les cantons pilotes en matière de vote sur Internet sont ceux de Genève (art. 60 de la loi sur l'exercice des droits politiques), Neuchâtel (art. 6e, 6f et 9 de la loi sur les droits politiques) et Zurich (art. 4. al. 2 de la loi sur l'exercice des droit politiques). Au niveau de la Confédération, on en est encore au stade des essais, voir les art. 27a ss de l'ordonnance du 24 mai 1978 sur les droits politiques (RS 161.11) et l'ordonnance du 13 décembre 2013 de la Chancellerie fédérale sur le vote électronique (RS 161.116).

120 Voir l'ordonnance sur les domaines Internet du 5 novembre 2014 (RS 784.104.2).

121 La soustraction de données (art. 143 CP) et la soustraction de données personnelles (art. 179novies CP), l'accès indu à un système informatique, (art. 143bis CP), la détérioration de données (art. 144bis CP), l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur (art. 147 CP) et l'obtention frauduleuse d'une prestation (art. 150 CP). Pour un état des lieux détaillé, voir Sylvain Métille et Joanna Aeschlimann, Infrastructures et données informatiques: quelle protection au regard du code pénal suisse?, RPS 2014 p. 283 ss.

122 Art. 269 ss du Code de procédure pénale, RS 312.0 (voir en particulier la clause générale sur les «autres» mesures techniques contenue à l'art. 280).

123 Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008 (6B 645/2007; en particulier cons. 7.3). L'inexistence de toute obligation de monitorage a entretemps été remise en question par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a astreint les fournisseurs d'informations professionnels à une obligation de diligence accrue (arrêt du 16 juin 2015, Delfi AS c. Estonie, 64569/09).

124 Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2008 (6B 645/2007, en particulier cons. 9); lien vers un site contenant des vidéos de tortures et d'exécution d'otages de mouvements terroristes.

- l'exploitant d'un blog peut être contraint de supprimer les informations lésives au moyen d'une action en cessation de l'atteinte fondée sur l'art. 28 al. 1 CC[125];
- l'adresse IP (statique ou dynamique) est une donnée personnelle au sens de l'art. 2 LPD[126];
- l'employeur n'est pas en droit de surveiller un employé par le biais d'un logiciel espion placé à son insu sur son ordinateur professionnel[127];
- le secret rédactionnel, consacré par l'art. 28a al. 1 CP s'étend à toute donnée qui permet d'identifier la source d'une information, y compris l'adresse IP et les données de trafic d'un contributeur anonyme à un forum de discussion exploité par un média périodique[128];
- ne peut être qualifiée de média, et en conséquence bénéficier des privilèges qui sont attachés à cette qualification, que l'entreprise qui diffuse des contenus triés et traités suivant les règles de diligence de la déontologie journalistique[129].

Au vu de cette liste hétéroclite, il convient de souligner le caractère sporadique des interventions des juges fédéraux, interventions qui sont dépendantes des litiges qu'ils ont à trancher. Dès lors, bien des questions, cruciales pour la communication en ligne attendent encore d'être soumises aux tribunaux, à commencer par celle du statut juridique des *retweets*[130] ou des *likes*[131].

d. Les principales lacunes

Les lacunes se divisent en deux catégories. Il y a d'abord celles qui peuvent être, plus ou moins aisément, comblées en revisitant des institutions existantes pour les mettre au diapason des innovations du numérique; il en va ainsi du droit à l'image dans le contexte des réseaux sociaux, de la portabilité des données numériques, de l'informatique en nuage, de l'utilisation de drones ou en-

125 Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A_792/2011).

126 ATF 136 IV 145 (cons. 3.8).

127 Arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2013 (8C_448/2012); voir aussi, toujours en matière de monitorage, les restrictions à la surveillance privée en ligne des internautes qui téléchargent des œuvres protégées par le droit d'auteur, posées par l'arrêt dit «Logistep», ATF 136 II 508.

128 ATF 136 II 508 (cons. 3).

129 Arrêt du Tribunal fédéral du 10 octobre 2013 (1C_335/2013), bloggeur interdit de filmer les séances publiques d'une assemblée de commune. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2011 (5A 790/2010), refus de considérer un réseau social comme un média périodique; partant, le recourant ne peut pas se prévaloir des restrictions à l'encontre des mesures provisionnelles destinées à protéger la personnalité dont bénéficie la presse, la radio et la télévision.

130 Voir sur ce point, Regula Bähler, Der Retweet-Button, meine 157 Followers und ich, medialex 2014, p. 1 ss.

131 Le premier jugement sur cette question provient de Norvège: en 2014, le Tribunal de première instance d'Oslo a jugé qu'un *like* n'est pas une forme de communication; partant, il a libéré du chef d'accusation de discrimination raciale une personne qui avait «liker» un article haineux (Oslo Tingsrett, 23 juin 2014).

core du *data mining* dont les réglementations spécifiques pourront se greffer sur la législation sur la protection des données personnelles.

Dans d'autres cas toutefois, comme la succession numérique, la notification des failles de sécurité, l'incrimination de l'usurpation d'identité, du recel de données, de la cyberintimidation ou du cyberlinchage, ou encore la consécration du principe de neutralité des réseaux, il faudra créer du neuf. Créer du neuf ne veut pas dire inventer de toutes pièces, car des modèles étrangers sont souvent à disposition. Ainsi, la Californie a imposé en 2003 la notification des failles de sécurité aux personnes dont les données ont été malencontreusement rendues accessibles à des tiers[132]; la France sanctionne spécifiquement l'usurpation d'identité[133] et le cyberlinchage[134]; l'Autriche punit la cyberintimidation[135]. Dans ces deux pays, le législateur a en effet été très tôt sensible à l'effet caisse de résonnance d'Internet[136], lequel requiert de sanctionner plus sévèrement le délinquant qui a humilié sa victime sur les réseaux sociaux.

La lacune la plus fâcheuse du droit suisse est certainement l'absence de toute règle spéciale sur la responsabilité civile et pénale des intermédiaires Internet, notamment celle des hébergeurs et celle des exploitants de plateformes délibératives. Alors que le législateur européen s'est prononcé il y a quinze ans déjà[137], son homologue suisse tergiverse encore, au grand dam des parlementai-

---

132 § 1798.82 California Civil Code: «Any person or business that conducts business in California, and that owns or licenses computerized data that includes personal information, shall disclose any breach of the security of the system following discovery or notification of the breach in the security of the data to any resident.» Pour plus de détails, voir Bertil Cottier, Quoi de neuf à l'étranger? Essai de bilan de l'activité des législateurs européens et américains, in Astrid Epiney (éd.), Instruments de mise en œuvre du droit à l'autodétermination informationnelle, Zurich 2013, p. 81 s.

133 Art. 222-4-1 du code pénal (dans le même sens, l'art. 494 du code pénal italien). L'utilisation des identifiants d'une autre personne à son insu devient ainsi une infraction en soi, et non une simple étape préalable à la commission d'autres infractions (telle l'escroquerie ou la diffamation). Malgré l'opposition du Conseil fédéral qui persiste à être d'avis que notre code pénal ne connaît pas de lacune en la matière, le Parlement vient d'adopter la motion Comte (14.3288) tendant à créer pareille incrimination spécifique dans notre code pénal.

134 La personne enregistrant les images d'actes portant atteinte à l'intégrité physique d'un tiers s'expose à l'application des mêmes peines que si elle se rendait coupable de ces actes de violence; de plus, le fait de diffuser l'enregistrement de telles images est érigé en infraction autonome, punie de cinq ans (!) d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (art. 222-33-3 du code pénal).

135 Art. 107a du code pénal: «1) Wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt (Abs. 2), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen. (2) Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt».

136 Cf. infra B.III.3.

137 Les art. 12 et 14 de la directive 2000/31 CE sur le commerce électronique exonèrent quasiment de toute responsabilité les fournisseurs d'accès et les hébergeurs, au motif qu'il faut créer un régime juridique favorable à l'innovation et au développement de la société de l'information. Le droit européen ne règle cependant que le web 1; s'agissant du web 2 (médias sociaux), le législateur européen n'a encore rien entrepris.

res[138], des professionnels du droit[139] – à commencer par le Tribunal fédéral, qui a vivement exhorté le législateur à clarifier les obligations respectives des fournisseurs de services Internet[140] – et des opérateurs économiques, lesquels comptent sur la sécurité juridique pour investir dans le marché prometteur des médias sociaux. Et pourtant, les travaux préparatoires en la matière ne manquent pas; ils étaient même déjà bien avancés (une commission d'experts s'était prononcée en faveur d'une révision en 2003[141] et un avant-projet de modification du code pénal et du code pénal militaire avait été mis en consultation en 2004) quand le Conseil fédéral les stoppa tout net en 2007. Au motif, surprenant, que circonscrire les responsabilités des uns et des autres «ne ferait que poser de nouveaux problèmes d'interprétation et, partant, que les dispositions proposées ne permettraient pas de mettre fin à l'insécurité juridique (...). Au contraire, elles ne feraient qu'engendrer de nouvelles incertitudes»[142]. Six ans plus tard, notre gouvernement faisait heureusement volte-face et confiait à une nouvelle commission d'experts le mandat de remettre l'ouvrage sur le métier; mais pas question de se précipiter: pour l'heure, il n'est question que d'évaluer la nécessité ou non de légiférer[143]...

138 Cela fait longtemps que des parlementaires réclament une définition claire des responsabilités des intermédiaires; en 2009 déjà, la Conseillère nationale Riklin avait déposé une motion en ce sens (09.4222), en vain; quatre ans après, elle récidivait (13.3215); voir aussi la question Glättli (13.5059), qui vise plus spécifiquement la responsabilité des fournisseurs d'hébergement et les exploitants de blogs et de forums.

139 Des clarifications législatives sont d'autant plus nécessaires que la doctrine en la matière est divisée; à témoin, la controverse par article interposé entre Robert Briner (Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, sic! 2006, p. 383 ss) et David Rosenthal (Entgegnung zum Artikel von Robert G. Briner, sic! 2006, p. 511 ss). Pour une vision plus récente de la problématique, englobant les enjeux pour les exploitants de médias sociaux, voir Christiana Fountoulakis et Julien Francey, La diligence d'un hébergeur sur Internet et la réparation du préjudice, medialex 2014, p. 175 ss; voir aussi Manuel Bianchi della Porta, Responsabilité pénale de l'éditeur de médias en ligne participatifs – Comment se prémunir des contenus illicites «postés» par des tiers?, medialex 2009, p. 19 ss.

140 Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A_792/2011, cons. 6.3)

141 Voir notamment le Rapport de la commission d'experts «Cybercriminalité», Département fédéral de justice et police, Berne, juin 2003.

142 Rapport du Conseil fédéral de février 2008 sur la Responsabilité pénale des prestataires et les compétences de la Confédération en matière de poursuite des cyberinfractions (p. 7).

143 «Vu les développements récents et les signaux donnés par la justice dans le domaine du droit civil, il paraît judicieux (...) que le Conseil fédéral examine à nouveau la nécessité de réglementer la responsabilité des fournisseurs de services sur l'internet (c'est-à-dire les fournisseurs d'accès et d'hébergement ainsi que les exploitants de plateformes). Cette tâche est cependant délicate, d'autant plus qu'une jurisprudence différenciée, qu'il faudra analyser soigneusement, se développe à l'étranger.», Rapport CF réseaux sociaux (note 49), p. 77.

III. Un droit «illégitime»

1. Généralités

Déjà incertain, le cadre juridique du droit du cyberespace souffre au surplus d'une légitimité précaire. En cause, sa nature juridique hybride: certaines prescriptions, comme on l'a vu dans la sous-section précédente, trouvent leurs sources dans du droit dur, estampillé démocratique et obligatoire. Mais d'autres, et non des moindres, reposent sur du droit mou; revêtant la forme de codes de conduite ou de déontologie, de recommandations ou de bonnes pratiques, elles sont foncièrement non contraignantes (III.2.). D'autres encore se fondent sur des bases contractuelles quasiment non négociables, comme les conditions générales des fournisseurs de services en ligne (III.3).

Tant les règles qui ressortissent au droit mou que celles qui sont de nature contractuelle participent à l'avènement d'un corpus législatif «par défaut», en continuelle croissance. On concédera que ces réglementations supplétives clarifient l'une ou l'autre incertitude du droit dur; un atout que revendique la SIMSA *(Swiss Internet Industry Association)* dans le préambule de son code de conduite, lequel proclame que ce texte a pour but de: «présenter aux fournisseurs d'hébergement suisses les principes de comportement adaptés aux nouvelles technologies pour gérer les contenus illicites, établir ces principes au sens de normes dans la branche {et} consolider la sécurité juridique». Mais la médaille a son revers: ces prescriptions ont été arrêtées par les régulés eux-mêmes, trop heureux de «légiférer» à leur guise, pour le bien de leurs propres intérêts.

Le droit mou n'est pas seulement un conglomérat de normes émanant d'acteurs privés. Des actes édictés par des entités administratives en font aussi partie. Intitulés instructions, guides ou recommandations, ces textes non contraignants parent au plus pressé. Dans la (trop souvent vaine) attente de l'intervention du législateur, voire d'une délégation de compétences qui les habiliteraient à imposer leurs vues, ces entités publiques préconisent, plus ou moins fortement selon l'autorité morale dont elles peuvent se prévaloir, des remèdes aux incertitudes. Exemplaire à cet égard est l'activité prescriptive du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), lequel a édicté nombres de brochures d'explications et de conseils, régulièrement mises à jour, sur les défis du numérique, tels la surveillance par des drones[144], le commerce électronique[145], l'informatique en nuage[146], le *Big Data*[147] ou encore le monitorage du poste de travail[148]. Ces textes, très circonstanciés, non seule-

144 Explications sur la vidéosurveillance par des drones (juin 2014).
145 Commerce électronique et protection des données (mars 2012).
146 Explications concernant l'informatique en nuage (février 2012).
147 Explications relatives aux données massives (juin 2014).
148 Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail (mai 2013).

ment éclairent les praticiens, mais encore inspirent la jurisprudence. Ainsi, les solutions proposées par le PFPDT en matière de surveillance en ligne des employés par l'employeur ont été «validées» par le Tribunal fédéral lorsqu'il a décidé de bannir l'utilisation de logiciels espions: «La Guida dell'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza concernente la Sorveglianza dell'utilizzazione di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro costituisce (...) un importante aiuto interpretativo della norma in esame e si propone di assicurare uno standard minimo per la sorveglianza informatica[149].»

Au reste, nous laisserons de côté le droit mou de source étatique[150], pour nous concentrer sur la seule autorégulation; laxiste et discrétionnaire, c'est elle qui suscite la controverse.

2. *L'autorégulation*

La défaillance du législateur a conduit plusieurs organisations privées – avant tout des associations professionnelles ou économiques – à occuper le terrain normatif en édictant des règles supplétives qu'elles invitent leurs membres à respecter. Ce faisant, elles posent certains standards minimaux tendant à remédier aux carences du droit du cyberespace, mais aussi à prévenir une intervention de l'Etat, toujours jugée intempestive; à témoin, cette candide déclaration de l'Association suisse des prestataires de services à valeur ajoutée (SAVASS)[151], sur son site: «L'association veut (...) introduire des mesures d'autorégulation, telles que le code de déontologie, voire un label et ainsi faire en sorte qu'il soit fait le moins possible recours à des mesures restrictives»[152].

Le plus souvent, les règles supplétives destinées à régir le numérique complètent ponctuellement un code de déontologie générale préexistant. Ainsi, des prescriptions limitant le *spamming* ont été insérées dans le «Code d'honneur» de la SAVASS[153], puis dans les «Règles Loyauté dans la communication commerciale de la Commission Suisse pour la Loyauté»[154]. Emblématique de la permissivité de l'autorégulation, le chiffre 4.1 des Règles consacrait dans sa

149 Arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2013 (8C_448/2012), cons. 5.5.1. On relèvera que la récente évaluation de la LPD a révélé que les usagers accordent un grand crédit aux recommandations du PFPDT, au point qu'ils considèrent ces textes comme des «lois informelles» (FF 2012 263).

150 Pour un examen critique du droit mou d'origine étatique, voir Alexandre Flückiger, Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, RDS 2004 II, p. 159 ss.

151 La SAVASS regroupe la plupart des fournisseurs de services Internet de Suisse; les principaux opérateurs téléphoniques suisses (Swisscom, Sunrise, Orange) en font partie.

152 Site de la SAVASS, rubrique «Nos activités».

153 «SAVASS-Mitglieder verzichten bei fehlender Kundenbeziehung auf Werbung per Telefon, E-Mail, SMS und MMS (SPAM)».

154 La Commission Suisse pour la Loyauté est l'organe exécutif de la Fondation de la Publicité Suisse pour la Loyauté dans la communication commerciale, dont font partie les principaux annonceurs suisses.

teneur originale (2001) la solution dite de l'*opting out*, défavorable aux consommateurs[155]. Autre exemple de novelle déontologique: l'art. 7.4 nouveau des Directives relatives à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste» édictées par le Conseil suisse de la presse, qui régit le droit à l'oubli numérique et les archives en ligne des médias[156].

Quelquefois, les problématiques du cyberespace sont abordées dans des textes ad hoc. Deux d'entre eux méritent d'être cités, car ils concernent l'une des carences majeures du droit suisse du cyberespace, le statut des intermédiaires techniques[157]: l'Initiative sectorielle de l'Association suisse des télécommunications (asut) pour une meilleure protection de la jeunesse dans les nouveaux médias[158] d'une part, et le Code de conduite Hébergement de la SIMSA d'autre part.

Adopté en 2008, le texte de l'asut astreint les principaux fournisseurs de services Internet de Suisse à prendre diverses mesures techniques et opérationnelles pour éviter que les enfants soient exposés, sur la toile, à des contenus pornographiques ou à des représentations d'actes de cruauté; ces mesures vont du blocage des sites litigieux au contrôle préventif des *chatrooms* mis à disposition des jeunes, en passant par la fourniture aux parents de logiciels de protection de l'enfance. L'objectif premier de ce code de conduite est d'éviter que les fournisseurs de services puissent se voir reprocher une quelconque complicité avec les pédophiles qui infestent la zone obscure du net. Les dispositions finales du code prévoient l'évaluation périodique de la pertinence des mesures proposées; à ce jour toutefois, aucun réexamen n'a encore été entrepris.

Le texte de la SIMSA, entré en vigueur le 1er février 2013, entend, tant que faire se peut, dégager les hébergeurs de toute responsabilité civile et pénale, en mettant sur pied une procédure de notification et de retrait de contenu illicite. Sur le modèle de la procédure de *notice and take down*, consacrée depuis plus d'une dizaine d'années par le droit américain[159], les membres de la SIMSA se réservent le droit de supprimer les contenus illicites portés à leur connaissance;

---

155 Défavorable, car, rappelons-le, il leur appartient de manifester leur volonté de ne pas recevoir des messages publicitaires non sollicités *(opting out)*. Suite à l'entrée en vigueur de l'art. 3 let. o LCD (cf. supra note 112), la règle déontologique a été mise en conformité avec le droit dur (2008); désormais, c'est l'*opting in* qu'elle préconise (chiffre 4.4 nouveau).

156 «Le droit à l'oubli s'applique également aux médias en ligne et aux archives numériques. Faisant suite à une demande fondée, les rédactions devraient vérifier s'il s'impose d'anonymiser après coup ou d'actualiser un récit médiatique archivé numériquement. En cas de correction, les rédactions devraient faire une annotation supplémentaire plutôt que de simplement effacer la version antérieure. Les demandes d'effacement sont à rejeter. Par ailleurs, lors de leurs recherches sur l'Internet et dans des archives, les journalistes devraient vérifier leurs sources de manière particulièrement critique.»

157 Cf. supra C.II.3.d.

158 L'asut regroupe plus d'une centaine d'entreprises publiques ou privées actives dans le secteur des télécommunications, soit en tant qu'exploitants, soit en tant que consommateurs à grande échelle.

159 Voir l'art. 512 (c) du Digital Millenium Act.

ils postulent en outre qu'ils n'ont aucune obligation de surveiller les contenus des sites hébergés. On notera enfin que le non-respect du code Hébergement peut conduire à une sanction symbolique: l'hébergeur ne peut plus afficher le label de qualité *Swiss quality hosting*.

3. *Les conditions générales des fournisseurs de services*

Que les conditions générales d'affaires *(Allgemeine Vertragsbedingungen)* posent problème n'est en soi pas nouveau: très courants dans le monde des banques, des assurances, des régies immobilières ou des companies de transport, ces textes standards, destinés à compléter un contrat de base, soulèvent depuis longtemps des vagues en raison de leur caractère préformulé. D'apparence bilatérale, car formellement acceptés par les clients, ils leur sont en fait imposés par les entreprises[160]. Sans mettre son veto aux conditions générales, le Tribunal fédéral n'avait pas hésité à annuler les clauses qui s'avéreraient insolites, à savoir celles «qui modifient de manière essentielle la nature d'un contrat ou qui le sortent dans une mesure importante de son cadre légal»[161]. En 2012, le législateur est intervenu pour sanctionner plus strictement les dérives des conditions générales par le biais d'une modification de la 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» (art. 8 nouveau)[162].

Ce nonobstant, le considérable succès des médias sociaux a ravivé la controverse autour des conditions générales. Et ce, pour quatre raisons:

- D'abord, en raison de la manifestation quasi instantanée du consentement: l'usager accepte les conditions générales, en ligne, par le biais d'un double clic de souris. Dans l'immense majorité des cas, l'accord est donné sans avoir pris connaissance de la teneur des conditions générales applicables (le click peut même être actionné sans que celles-ci apparaissent à l'écran). Pressé de pouvoir accéder au réseau social convoité, l'usager «zappe» les dispositions contractuelles.
- L'usager concède à l'exploitant du média social des droits d'utilisation des données téléchargées (textes, photos, vidéos, etc.); celui-ci peut souvent en disposer à des fins commerciales, voire même les transmettre à ses partenaires en affaires[163].

---

160 Ceux-ci se trouvent en effet dans une situation de *Take-it-or-leave-it*, pour reprendre l'expression judicieuse de PETER FORSTMOSER et HANS-UELI VOGT (Einführung in das Recht, 5ème éd., Berne 2012, p. 552, ad 20).

161 YVES LE ROY et MARIE-BERNADETTE SCHOENENBERGER, Indroduction au droit suisse, Zurich 2011, p. 213.

162 Pour plus de détails, voir DAVID BOUVERAT, Conditions générales d'affaires: perspectives législatives, Berne 2009, p. 19 ss.

163 «Aufgrund dieser Ausgangslage erscheint die (unverbindliche) Datenschutzerklärung von Facebook als Sand in den Augen der Nutzerinnen und Nutzer. Wer sie durchliest (4 Seiten Kleinge-

- Les exploitants des médias sociaux les plus populaires – Google, YouTube, Instagram, Facebook et Twitter – sont américains. Par le biais d'une clause d'élection de droit, insérée à la fin des conditions générales, ces entreprises soumettent leurs relations contractuelles avec les usagers au droit américain (et, partant, les privent, entre autres, de la forte sauvegarde de la vie privée consacrée par les législations sur la protection des données des Etats européens); au moyen d'une élection de for, ils les obligent ensuite à saisir les tribunaux américains en cas de litige[164].
- Enfin, les modifications des conditions générales des exploitants de plateformes sociales sont non seulement incessantes mais encore peu transparentes. Ainsi, Google a changé ses Règles de confidentialité *(Privacy Policy)* pas moins de dix-sept fois depuis 1999 (la dernière fois le 24 février 2015); et ce, plus ou moins à l'insu des usagers, car les modifications ne leur sont directement communiquées que si elles sont substantielles[165]. Même opacité aussi du côté d'Instagram, qui contraint les usagers à consulter régulièrement son site pour en prendre connaissance[166]. Dans tous les cas, ces modifications sont automatiquement opposables aux usagers qui continuent d'utiliser la plateforme après leur entrée en vigueur[167].

Il ne nous appartient pas de juger si ces éléments négatifs pourraient justifier une invalidation des conditions générales des plateformes sociales en application de l'art. 8 LCD. Le caractère disproportionné ou non de ces clauses ne peut être déterminé qu'à la suite d'un examen détaillé de leur impact, au cas

---

drucktes) stellt schnell fest: Nicht der Schutz der Privatsphäre und die informationelle Selbstbestimmung der Nutzerinnen und Nutzer stehen hier im Vordergrund, sondern die Absicherung der unbeschränkten Verfügungsmöglichkeit von Facebook über die Informationen und Daten der Nutzerinnen und Nutzer (wofür ja schon die AGBs die Grundlage legen)», BRUNO BAERYSWIL, Kleingedruktes unter der Lupe, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von Sozialen Netzwerken versprechen kein Datenschutz, Digma 2010, p. 56 ss.

164 Par exemple Google: «The laws of California, USA, excluding California's conflict of laws rules, will apply to any disputes arising out of or relating to these terms or the Services. All claims arising out of or relating to these terms or the Services will be litigated exclusively in the federal or state courts of Santa Clara County, California, USA, and you and Google consent to personal jurisdiction in those courts. « (*Terms of Service*, 14 avril 2014). Seule exception, YouTube qui prévoit l'application du droit suisse, ainsi que la juridiction des tribunaux suisses, aux litiges l'opposant à des usagers qui résident dans notre pays (art. 14 al. 6, *Nutzungsbedingungen*, 3 avril 2013).

165 «We will post any privacy policy changes on this page and, if the changes are significant, we will provide a more prominent notice, including, for certain services, email notification of privacy policy changes.» (*Privacy Policy*, 25 février 2015).

166 «Instagram may modify or update this Privacy Policy from time to time, so please review it periodically. We may provide you additional forms of notice of modifications or updates as appropriate under the circumstances « (*Privacy Policy*, art. 10, 19 janvier 2013).

167 «Your continued use of Instagram or the Service after any modification to this Privacy Policy will constitute your acceptance of such modification» (ibidem). De même, Twitter (*Terms of Service*, 8 septembre 2014, chiffre 12 C), Facebook (*Statement of Rights and Responsibilities*, 30 janvier 2015, art. 13) et Google *(Terms of Service)*.

par cas; cela dit, leur incompatibilité avec le droit suisse n'a pas encore été clairement attestée[168].

Ce d'autant que l'on doit rendre justice aux efforts entrepris récemment par certains médias sociaux pour améliorer l'intelligibilité de leurs conditions générales. Ainsi celles, de Twitter sont rédigées dans le langage de tous les jours (en évitant autant que possible le jargon juridique) et mises en évidence par un graphisme plus attractif que les rébarbatifs actes juridiques classiques; qui plus est, elles sont truffées de conseils *(tips)* utiles aux usagers[169]. On saluera aussi la volonté de Google de faciliter la compréhension des notions techniques ou juridiques par des explications aisément accessibles en cliquant sur le terme considéré[170].

IV. L'insuffisance du cadre international

1. Introduction

Nous aurions été portés à dénoncer moins vivement les carences du cadre national du cyberespace si le cadre international pertinent avait répondu aux attentes. Or, il n'en est rien. Le cadre international se révèle tout aussi défaillant: lui aussi est incertain, lacunaire et précaire.

La présente section sera courte: les instruments internationaux de droit dur appelés spécifiquement à régir le cyberespace se comptent en effet sur les doigts d'une main (IV.2.a); quant aux espoirs de renforcement, ils demeurent minces, du moins à brève échéance (IV.4). Le droit mou sera donc, et pour longtemps encore, l'instrument privilégié (IV.2.b). Une singularité juridique doit cependant être mise en évidence: les ressources d'adressage sont régies, uniformément et efficacement, par une organisation privée américaine (IV.3).

2. Les instruments internationaux

a. Le droit contraignant

Outre les diverses conventions internationales sur les droits humains qui consacrent, en termes génériques, la liberté de l'information[171], les traités sur le

168 Claudia Keller, AGB von Social-Media Plattformen, medialex 2012, p. 193 s.

169 Par exemple, sous la rubrique *Privacy*: «You can opt-out of most communications from Twitter including our newsletter, new follower emails, etc. Please see the Notifications tab of Settings for more».

170 Par exemple, les explications données sur la signification de l'expression *pixels tags*: «A pixel tag is a type of technology placed on a website or within the body of an email for the purpose of tracking activity on websites, or when emails are opened or accessed, and is often used in combination with cookies.».

171 Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et la Convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

commerce international[172] ou encore les accords appelés à régir certains aspects techniques des télécommunications[173], le régime spécifique du cyberespace, contraignant pour la Suisse, se résume à trois textes et demi; les deux premiers sont de portée globale, les deux derniers de portée régionale:

- Les deux traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, du 20 décembre 1996, sur le droit d'auteur et sur les interprétations, exécutions et phonogrammes[174]. Plus communément appelés traités Internet, ils entendent adapter le cadre international de la propriété intellectuelle à «l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication», pour reprendre les termes de leurs préambules respectifs.
- La convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (STCE 185)[175], qui consacre des mesures de droit substantiel et de droit procédural pour lutter contre la multiplication des activités criminelles en ligne[176]. Adopté sous l'égide du Conseil de l'Europe, ce texte est ouvert à l'adhésion d'Etats non européens (art. 36 et 37)[177]; il est complété par un protocole sur l'expression raciste en ligne, qui n'a pas encore été ratifié par notre pays[178].
- La convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE 108)[179]. Ce traité, qui pose les principes fondateurs de la protection des données, a lui aussi une vocation planétaire, puisque des Etats non européens peuvent le ratifier (art. 23)[180]. Cela dit, il ne rentre que pour moitié dans la catégorie qui nous intéresse; datant d'avant l'émergence d'Internet, il a été conçu pour parer aux atteintes à la vie privée commises par les quelques *Big Brothers* (administration publique, grandes entreprises privées)

172 A commencer par l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (RS 0.632.20), et plus particulièrement son annexe 1.B qui vise les services (Accord général sur le commerce des services). Pour plus de détails, sur le cadre international du e-commerce, cf. la contribution de Mira Burri dans le présent ouvrage.

173 En particulier, les textes internationaux qui établissent le plan mondial des fréquences hertziennes ou qui règlent l'exploitation des satellites de télécommunications.

174 Respectivement RS 0.231.151 et 0.231.171.1. Ils ont été transposés en droit suisse par le biais d'une récente révision de la loi fédérale sur le droit d'auteur (RO 2008 2497).

175 RO 0.311.43

176 Pour un examen de l'impact de cette convention sur le droit suisse, voir le Message du Conseil fédéral tendant à la ratification de la convention cybercriminalité, FF 2010 475 ss; voir aussi Ursula Cassani, Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010), RSDIE 2011, p. 515 ss.

177 A ce jour, il a été ratifié par six Etats non européens dont l'Australie, les Etats-Unis et le Japon.

178 Protocole additionnel du 28 janvier 2003 à la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (STCE 189).

179 RO 0.235.1. Ce texte a été complété par le Protocole additionnel du 8 novembre 2001 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (RO 0.235.11).

180 A ce jour, seul l'Uruguay a franchi le pas. L'adhésion du Maroc est attendue pour fin 2015; la République de Maurice et le Sénégal ont manifesté leur intention d'être liés par la convention.

qui pouvaient s'équiper en ordinateurs, alors hors de prix pour le commun des mortels[181].

En l'absence d'un pouvoir judiciaire international digne de ce nom, les carences du droit dur ne peuvent être comblées par les tribunaux. Seule exception notable, l'apport de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle a fourni quelques clarifications, notamment sur l'effacement des archives en ligne des journaux[182], sur les conditions mises au blocage des médias sociaux[183] ou encore sur l'étendue de l'obligation de diligences des hébergeurs[184]. Ces arrêts occasionnels, pas toujours pris à l'unanimité des juges, ne permettent pas encore de dégager une jurisprudence claire et cohérente sur la communication en ligne[185].

b. Le droit mou

Si les textes relevant du droit dur sont rares, ceux qui relèvent du droit mou sont, en comparaison, légion. Les diverses instances internationales – à commencer par les Nations Unies[186] – ont en effet adopté de nombreuses recommandations et lignes guide appelées à régir le cyberespace. Cet activisme s'explique aisément: des déclarations de bonnes intentions sont toujours plus faciles à adopter que des textes obligatoires.

Dans cette perspective, on relèvera le rôle pionnier du Conseil de l'Europe. Depuis qu'il dispose d'un organe dédié aux questions touchant le numérique (le Comité directeur sur les médias et la société de l'information[187]), il multiplie les interventions pour défendre la liberté d'expression ou la vie privée sur Internet (voire pour concilier ces deux garanties antagonistes), telles, pour ne citer que les textes les plus récents, la Recommandation CM/Rec(2011)7 sur une nouvelle conception des médias, la Recommandation CM/Rec(2011)8 sur la pro-

---

181 A ces textes centrés sur le numérique, on pourrait ajouter l'un ou l'autre instrument qui, pour partie, vise la communication en ligne, comme la Convention du 25 octobre 2007 du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (STCE 201) dont l'art. 23 exige que soit érigée en infraction la sollicitation d'enfants à des fins sexuelles sur Internet *(grooming)*.

182 Wegrzynowski & Smolczewski c. Pologne (33846/07) du 16 juillet 2013 (aucune obligation pour un journal de retirer de ses archives Internet un article jugé inexact par un tribunal).

183 Ahmet Yildirim c. Turquie (3111/2010) du 18 décembre 2012 (blocage du site de Google); voir également Yaman Akdeniz c. Turquie (20877/10) du 11 mars 2014 (blocage du site myspace.com).

184 Delfi AS c. Estonie (64569/09) du 16 juin 2015.

185 Pour un état des lieux critique, voir Félix Tréguer, Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Revue des droits et libertés fondamentaux [en ligne], 20 mai 2013.

186 En particulier la Résolution (A/HRC/20/L.13) du 22 juin 2012 sur la liberté d'expression sur Internet et la Résolution (A/C.3/68/L45) du 1er novembre 2013 sur le droit à la vie privée à l'ère du numérique.

187 L'organe a été créé en 2005 sous le nom de Comité directeur sur les médias et les nouveaux services de communication.

tection et la promotion de l'universalité, de l'intégrité et de l'ouverture de l'internet, la Recommandation CM/Rec(2012)3 sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, le Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet CM/Rec(2014)6 ou encore la Recommandation CM/Rec (2015)5 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte de l'emploi[188]. Seul bémol: le Conseil de l'Europe est encore muet sur le *Big Data*. Ce sujet brûlant semble demeurer l'apanage de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) qui est en passe d'édicter des recommandations en la matière[189].

c. *Un droit de nature singulière*

Droit mi-dur (ou mi-mou), droit hybride, droit insolite, peu importe l'expression; ce qui compte, c'est que la qualification choisie reflète la singularité du corps de règles qui gouvernent les ressources d'adressage d'Internet (adresses IP, noms de domaines). Ces questions d'ordre purement technique, mais décisives pour la cohésion, la sécurité et la stabilité des réseaux, sont régies par des normes adoptées par une organisation privée, à but non lucratif, de droit californien, l'ICANN *(The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)*. Partant, on est en présence d'une source de droit autonome, qui doit son existence au fait que, historiquement, Internet s'est développé en marge de la communauté internationale[190].

La Suisse reconnaît les prescriptions réglementaires émanant de l'ICANN et les applique sans autres formes de procès (il est vrai qu'à défaut, une participation à l'Internet global n'est pas possible ...[191]). Sans qu'il soit question d'une incorporation formelle dans notre ordre juridique, ces prescriptions ont indirectement trouvé leur consécration nationale dans divers textes réglementaires fédéraux, à commencer par l'Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les noms de domaine Internet[192]. Il n'en reste pas moins que notre pays n'a de relation juri-

188 Ainsi, sa prochaine recommandation concernera le volet protection de la liberté d'expression et de la vie privée de la problématique de la neutralité d'Internet.

189 Elles seront l'aboutissement d'un long processus d'analyse des enjeux au sein du projet *Data-driven innovation for growth and well-being*, lancé en 2013.

190 Ou, plus précisément, en marge de toute autre autorité nationale que celle américaine. En effet, ICANN a été créé sous l'égide du gouvernement américain en 1998; depuis, lors, la prédominance des Etats-Unis sur cette organisation n'a pas cessé, même si elle est allée en diminuant au fil des années (pour plus de détails sur ICANN, voir Florent Thouvenin et alia, ICANN: Observations from an Information Law Perspective, in: Rolf Sethe et alia (éd.), Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Berne 2011, p. 469 ss). En mars 2014, le gouvernement américain a manifesté son intention de couper définitivement les ponts avec ICANN; à ce jour, cette intention ne s'est pas concrétisée, faute notamment d'avoir trouvé une institution internationale apte à prendre le relais.

191 Sur l'efficacité des réglementations de l'ICANN, voir Thomas Schulz, Private legal systems: What cyberspace might teach legal theorist, Yale Journal of Law and Technology 2008, p. 153 ss.

192 RS 784.104.2.

dique directe avec l'ICANN que par le biais d'un contrat, conclu en 2014, visant à consacrer et à protéger le nom de domaine *swiss*[193].

3. *Les perspectives d'avenir*

Il y a peu de chances que le droit international du cyberespace connaisse de grandes avancées dans un avenir proche. Aux contraintes classiques auxquelles doit faire face tout législateur aux prises avec le cyberespace (manque de connaissances techniques, longueur des travaux préparatoires notamment[194]) vient s'ajouter une complication supplémentaire: la souveraineté nationale. L'obstacle est de taille, car pour instituer des règles réellement efficaces dans un univers sans frontières, l'accord de tous les Etats de la planète est nécessaire. A défaut, on court le risque de créer des paradis digitaux, sources de contournement des règles posées[195]. Cette indispensable unanimité est encore très loin d'être trouvée; les points de vue des uns et des autres en matière de gouvernance de l'Internet et, plus particulièrement, de liberté de l'information sont en effet aux antipodes. En deux mots, les Etats-Unis ne sont pas la Chine ou l'Arabie Saoudite …

Qui plus est, l'adoption de standards communs appelés à régir le numérique est une chose; leur mise en œuvre uniforme une autre: nombre d'Etats n'ont ni la volonté, ni les ressources techniques ou logistiques pour implémenter les normes internationales auxquelles ils ont pourtant souscrit. Des carences dont le Conseil fédéral était parfaitement conscient lorsqu'il a demandé au Parlement de ratifier la convention sur la cybercriminalité: «De nombreux pays ont une infrastructure encore insuffisante pour lutter contre la cybercriminalité (équipement technique et capacités des autorités, possibilités de surveillance). Quant aux Etats membres qui possèdent une batterie d'instruments efficaces contre les cyber-infractions, les conséquences pratiques de la Convention y sont jugées minimes, notamment faute de mécanisme de monitoring et en raison des échanges encore assez faibles entre les Etats Parties.[196]»

Une lueur d'espoir cependant: au Sommet mondial sur la société de l'information de Tunis (2005), la communauté internationale s'est mise d'accord pour entamer un dialogue permanent sur les enjeux de la révolution numérique. A cette fin, une enceinte ad hoc a été créée: *l'Internet Governance Forum* (IGF). L'objectif de cette plateforme n'est pas d'arrêter des standards communs, mais d'influencer le destin du numérique à l'échelle mondiale. L'originalité de l'IGF tient en son mode de fonctionnement appelé *multistakeholder dialogue*: des

193 Sur la nature juridique de ce contrat (qui ressortit à la catégorie des *State contracts*), voir le Rapport explicatif à l'ordonnance sur les domaines Internet, Berne, 2 février 2014, p. 4.

194 Cf. infra B.IV.

195 Nous renvoyons à nos considérants sur la volatilité du numérique, cf. supra note 25.

196 FF 2010 4279.

Etats aux usagers (représentés notamment par *l'Internet society*[197]) en passant par les fournisseurs de services Internet et les diverses organisations de la société civile, tous les intéressés débattent ensemble des grandes orientations envisageables. Si les réunions, annuelles, ne durent guère plus d'une semaine, leur préparation, minutieuse, s'étend sur des mois au sein d'instances régionales (pour l'Europe: l'instance *European Dialogue on Internet Governance*) et nationales (pour la Suisse: la Plateforme tripartite animée par l'Office fédéral de la communication). Dix ans après sa création, l'IGF n'a pas débouché sur des résultats concrets en termes normatifs (on ne le répétera jamais assez, ce n'est pas son rôle). Des discussions, souvent vives, et d'utiles échanges d'expériences *(best practices)* ont cependant permis d'identifier nombre de problèmes, de mieux cerner les enjeux et quelquefois d'esquisser des solutions[198]. Reste que bien des divergences de vues n'ont pas été surmontées; dès lors, il n'est pas certain que l'Assemblée générale des Nations Unies renouvelle, en septembre 2015, le mandat de l'IGF pour une nouvelle décennie[199].

D. Les remèdes

I. Introduction

Le diagnostic de défaillance du législateur ainsi posé, il est temps de songer à administrer des remèdes. Et des remèdes, il y en a des bons et des moins bons.

Par moins bons, on entend soit ceux qui n'améliorent pas l'état du patient, soit ceux qui n'apportent qu'un soulagement passager. Ils ont en commun leur caractère insidieux: leur prise est simple et quasi indolore, mais leur action est faible, car ils ne s'attaquent qu'aux symptômes. Ces médications superficielles, nous les passerons en revue dans la première partie de cette section (II). Nous consacrerons sa seconde partie aux traitements qui nous paraissent réellement aptes à rétablir la sécurité et la légitimité (III); le mal devant être attaqué en profondeur, il ne peut s'agir que de traitements chocs.

Disons-le d'emblée, une option thérapeutique n'entre pas en considération: ne rien faire. Autrement dit, laisser passer l'orage et continuer comme avant. Cette option, la plus tentante car la moins incommode, n'a plus aucun sens dans un monde devenu intrinsèquement instable. Ce que celui-ci exige désor-

197 Basée aux Etats-Unis, l'*Internet Society* est une association à vocation mondiale dont l'objectif premier est de promouvoir le développement d'Internet.

198 A l'agenda de la réunion 2015, la sécurité des communications, la diversité culturelle, l'économie numérique, les droits humains et l'amélioration de la gouvernance *multistakeholder*. Cela dit, la liste est exemplaire: les participants peuvent proposer librement des sujets qu'ils jugent utiles.

199 Voir sur ce point, et plus généralement sur les perspectives de développement de la gouvernance d'Internet, Wolfgang Kleinwächter, Internet Governance Outlook 2015: Two Processes, Many Venues, Four Baskets, CircleID, 3 janvier 2015 (en ligne).

mais, ce sont des instruments permettant de légiférer en situation d'orages à répétitions.

Enfin, il convient d'écarter aussi d'entrée de cause ce parent de l'option rien faire qu'est l'option *wait and see*. Fondée elle aussi sur l'illusion que les circonstances se stabiliseront un jour, elle préconise de différer toute intervention jusqu'au jour où on en saura plus. Pour autant, cette vaine option a trop souvent les faveurs de notre gouvernement. A témoin, ces arguments du Conseil fédéral justifiant sa volonté de ne pas légiférer sur les produits audiovisuels en ligne analogues à la radiodiffusion: «Il faut en revanche renoncer à réglementer les domaines qui échappent à un traitement correct en raison de leur avenir incertain. La question de savoir si, à terme, il faudra créer des lois spécifiques pour de nouvelles applications des techniques de télécommunication, restera en suspens tant qu'on n'aura pas fait plus d'expériences.»[200]. Un attentisme auquel fait écho cette réponse du Conseil fédéral au postulat Amherd qui réclamait une législation sur les réseaux sociaux[201]: «Comme pour d'autres domaines soumis à un rapide changement, une intervention précipitée – par exemple en édictant des dispositions sur des bases hypothétiques – risque de provoquer des effets indésirables»[202].

II. Les faux remèdes

1. Généralités

Plusieurs moyens sont envisageables pour rétablir un semblant de sécurité juridique. On examinera d'abord le principe de neutralité technologique (II.2) et l'activisme judiciaire (II.3). On passera ensuite à des instruments qui permettent les uns de raccourcir le délai d'intervention du législateur comme l'effet anticipé (II.4) ou de se prémunir contre l'inconnu telles les lois expérimentales ou les délégations de compétences en blanc (II.5). Outre qu'ils sont d'une efficacité douteuse pour parer à la profonde précarité du droit du cyberespace, ces moyens n'échappent pas à la critique: exception faite du principe de neutralité technologique, leur constitutionnalité est controversée.

---

200 Message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radiodiffusion, FF 2003 1451.

201 Rapport CF réseaux sociaux (note 49), p. 75.

202 Tout aussi attentiste, cette déclaration du Conseil fédéral dans son Rapport sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary, Berne 2011, p. 13: «Une action du législateur ne semble par conséquent pas s'imposer dans l'immédiat. Il importe toutefois de suivre attentivement l'évolution des technologies et le débat au niveau international et de réévaluer périodiquement la situation afin de pouvoir déceler à temps la nécessité d'adapter le droit d'auteur et agir en conséquence.».

2. *La neutralité technologique*[203]

a. *Le principe et ses variantes*

Nombre de normes régissant la communication sont rédigées en des termes ne faisant aucune référence à un vecteur particulier. Technologiquement neutres, elles sont applicables à toute forme de message, qu'il soit oral ou écrit, radiodiffusé ou gravé sur un CD, couché sur papier ou posté sur un blog, publié sur le mur d'un profil Facebook ou lancé à la cantonade, peu importe. Ainsi, par exemple, l'art. 174 du code pénal incrimine la calomnie en termes généraux: «s'adresser à des tiers», «jeter des soupçons» ou encore «propager des accusations»; en conséquence, la calomniateur sera sanctionné, qu'il se soit exprimé hors ligne ou en ligne.

Si le législateur donne souvent la préférence à un libellé technologiquement neutre, c'est parce qu'il tient à s'assurer de la permanence de la règle qu'il édicte. Ouverte et souple, la norme générique s'adapte sans difficultés aux innovations. Un indéniable atout dans un univers aussi évolutif que celui de la communication numérique. Appelé à se prononcer sur l'application de l'exception d'utilisation privée (art. 19 LDA) aux copies numériques, le Tribunal fédéral a souligné que: «Die Befugnis zum Eigengebrauch ist, wie grundsätzlich das ganze Urheberrechtsgesetz, technologieneutral ausgestaltet (...). Es spielt demnach keine Rolle, ob die entsprechende Vervielfältigung auf analoger oder digitaler Basis erfolgt.»[204]

Au contraire, tout libellé normatif qui vise expressément la technologie du moment risque rapidement d'être frappé d'obsolescence, comme le déplore le Conseil fédéral dans son rapport d'évaluation de la loi fédérale sur les télécommunications de 2010: «Le droit en vigueur lie le régime d'accès à une technolo-

---

203 Le principe de neutralité technologique ne doit pas être confondu avec celui de neutralité des réseaux (appelé aussi principe de neutralité de l'Internet). Le premier ressortit à la technique législative. Le second est un principe matériel tendant à garantir le traitement non discriminatoire des divers flux d'informations sur Internet; conçu aux Etats-Unis il y a plus d'une décennie (voir l'article pionnier de Tim Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, Journal of Telecommunications and High Technology Law 2003, p. 141 ss), ce principe n'a trouvé sa consécration légale que tout récemment (Federal Communications Communication, *Open Net Order*, 12 février 2015). En Suisse, la neutralité des réseaux est encore une thématique peu discutée (voir Michael Schweizer, Netzneutralität in der Schweiz – eine Debatte, bitte!, medialex 2014, p. 117 ss).

204 Arrêt du Tribunal fédéral du 2014 du 28 novembre 2014 (4A_295/2014, cons. 3.4.1.). Dans le même sens et sur la même question, ATF 133 III 480: «Die Botschaft erwähnt in diesem Zusammenhang zwar lediglich die Konstellation, dass der zum Eigengebrauch Berechtigte selber über keinen Kopierapparat verfügt (Botschaft 1989, a.a.O.). Da zum damaligen Zeitpunkt die rasante Entwicklung der Computertechnologie nicht vorhersehbar war, kann daraus aber nicht der Schluss gezogen werden, die Herstellung digitaler Kopien falle von vorneherein nicht unter Art. 19 Abs. URG; das gilt umso mehr, als der Scanner wie das Kopiergerät ein technisches Hilfsmittel für die Erstellung einer Kopie des Werkexemplars sind. Sinn und Zweck von Art. 19 Abs. 2 URG sprechen demnach wie der Wortlaut dafür, dass die Erstellung einer digitalen Kopie von der Norm abgedeckt wird.» (cons. 4.3).

gie déterminée. Cette solution pose toutefois problème et n'est pas applicable à long terme (...). Contrairement à ce qui s'est passé lors de sa dernière révision, la LTC devrait être rendue assez flexible pour permettre de tenir compte de la dynamique et de l'évolution de la technique sans devoir suivre la voie astreignante d'une modification formelle.»[205] Et notre gouvernement de renchérir deux ans plus tard: «Sans le recours à la neutralité technologique, les instruments de réglementation actuels risquent de devenir inopérants.»[206]

Une variante du principe du neutralité technologique est le recours à ce que la doctrine allemande appelle des *Auffangnormen*, autrement dit des formulations englobant dans le champ d'application d'une législation donnée tous les produits, services ou méthodes, encore inconnus, de fonction similaire ou comparable à ceux que le texte de loi désigne nommément. Tel est le cas à l'art. 197 du code pénal qui réprime la pornographie: «Quiconque fabrique, importe, prend en dépôt, (...), obtient par voie électronique ou *d'une autre manière* (...)». On trouve une semblable tournure à l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale sur la transparence[207]: «On entend par document officiel toute information (...) qui a été enregistrée sur un *quelconque* support». Dans les deux cas, l'utilisation d'une *Auffangnorm* permet à la loi de rester en phase avec le progrès technique.

Autre technique législative destinée à assurer une certaine pérennité à un régime juridique: les clauses évolutives[208]. Emblématique de ce mode de faire est l'expression «les exigences techniques les plus récentes»[209], qui permet de moduler le contenu du service universel de télécommunications en fonction des innovations apparaissant sur ce marché hautement évolutif[210].

b. Les limites du principe

Au vu de ce qui précède, on serait porté à croire que le principe de neutralité technologique est l'arme idéale pour se prémunir contre l'incertain. Erreur! Si la transposition se passe souvent sans heurts[211], il n'en demeure pas moins que

---

205 Evaluation du marché des télécommunications, rapport du Conseil fédéral, Berne, 17 septembre 2010, p. 83.

206 Rapport complémentaire sur l'évaluation du marché des télécommunications, Berne, 12 mars 2012, p. 46. Le retour au technologiquement neutre de bout en bout sera la marque de fabrique de la prochaine révision de la LTC (Rapport 2014 sur l'évaluation du marché des télécommunications ainsi que sur les enjeux législatifs y afférents, Berne, 19 novembre 2014, p. 33).

207 RS 152.3.

208 Aux clauses évolutives sont assimilées les obligations de réévaluer périodiquement les mesures prises; pour un exemple, voir l'art. 8 al. 3 de l'ordonnance relative à la loi fédérale protection des données, qui impose la mise à jour périodique des mesures de sécurité (RS 235.11).

209 Art. 16 al. 1 LTC.

210 Pour le contenu actuel du service universel, voir l'art. 15 de l'ordonnance sur les services de télécommunication (RS 784.101.1).

211 Comme l'a fait remarquer le Conseil fédéral: «Force est de constater que, d'une manière générale, le droit suisse en vigueur offre, grâce à la formulation ouverte de ses prescriptions, une pro-

la belle mécanique du générique s'enraie à chaque fois que la nouvelle technologie présente des modalités de fonctionnement inédites, cause des troubles imprévus ou génère de nouveaux risques. Un exemple: jusqu'à 2007, l'assujettissement au paiement de la redevance de radiodiffusion était lié à la détention d'un «récepteur» de programmes[212]; en recourant ainsi à un terme générique, le législateur pensait pouvoir prendre en compte tout appareil (présent ou futur) permettant d'écouter la radio ou de regarder la télévision. L'avènement de la radiodiffusion en ligne *(webcast)* suscita une controverse sur l'assujettissement des ordinateurs, dont la fonction première, il est vrai, n'est pas de recevoir des programmes. En dépit de la neutralité technologique du terme récepteur, la contestation ne put être réglée que par l'intervention du législateur: la nouvelle LRTV a expressément étendu l'assujettissement aux appareils dits multifonctionnels[213]. Autre cas de difficulté de transposition au monde numérique d'un régime juridique pourtant défini en termes technologiquement neutres, les reproductions provisoires d'œuvres aux fins de sauvegarde sur des serveurs ou dans les mémoires caches des ordinateurs. Pour éviter que ces copies transitoires et sans signification économique propre ne soient sanctionnées au titre d'une violation du droit d'auteur, le législateur s'est vu contraint de consacrer une dérogation spécifique lors de la dernière révision partielle de la loi sur le droit d'auteur (art. 24a LDA nouveau)[214].

La neutralité technologique peut en outre avoir un effet pervers: celui d'accorder indirectement une trop vaste marge d'interprétation aux autorités administratives chargées de mettre en œuvre une législation. Une liberté d'action propre à décourager les particuliers à agir pour ne pas être surpris par des mesures administratives impromptues. Ainsi la volonté de rassurer les opérateurs de services de téléphonie a conduit le Parlement à opter pour une rédaction technologiquement non neutre de la loi sur les télécommunications: «Le projet de ne plus lier l'accès à certaines technologies – en d'autres termes, l'introduction d'une réglementation technologiquement neutre – suscite beaucoup de scepticisme; il a été écarté lors de la dernière révision de la LTC. On craint que l'autorité de régulation obtienne une trop grande latitude d'intervention, ce qui alimenterait l'insécurité du droit, notamment lors d'investissements dans de nouvelles technologies.[215]»

---

tection relativement importante contre le traitement souvent problématique des données sur les réseaux sociaux», Rapport CF réseaux sociaux (note 49), p. 26.

212 Art. 41 de l'ordonnance (aujourd'hui abrogée) du 6 octobre 1997 sur la radio et la télévision.

213 Art. 68 LRTV. Sans toutefois parvenir à éteindre définitivement la controverse, puisqu'il a fallu ensuite déterminer à partir de quel niveau de qualité de réception un appareil multifonctionnel est assujetti à la redevance, cf. supra D.II.2.b.

214 «Cette restriction du droit d'auteur tient compte de la nouvelle donne des technologies modernes de la communication. La disposition énumère des actes de reproduction liés à l'emploi de ces techniques qui sont autorisés aux termes de la loi; les copies qui en résultent sont provisoires et accessoires.», Message à la révision du droit d'auteur, FF 2006 3302.

215 Evaluation du marché des télécommunications, Rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010, 5.5.

3. *L'activisme judiciaire*

Certains auteurs encouragent vivement les juges à faire œuvre de législateur pour contribuer au développement d'un droit en peine avec l'évolutif[216]. Ces appels à l'activisme judiciaire ne sont pas prêts d'être suivis, et ce, pour trois raisons.

D'abord, le poids de la tradition. Les tribunaux suisses, au contraire de leurs homologues des pays de *common law*[217], ne sont nullement portés sur la création du droit (en dépit de l'appel au juge à faire œuvre de législateur que contient l'art. 1 al. 2 du code civil[218]). A chaque fois qu'ils viennent à constater des manquements normatifs, ils invitent le législateur à faire son travail, ni plus, ni moins. Pour cataclysmique qu'elle soit, la révolution numérique ne les a pas incités à sortir de leur réserve: se substituer à un législateur, même crassement défaillant, est encore et toujours perçu comme une hérésie. Dans une cause concernant l'étendue de la responsabilité d'un quotidien genevois pour des contributions illicites de lecteurs postées sur son blog éditorial, le Tribunal fédéral, tout en dénonçant vivement l'absence de règles adéquates, s'est borné à rappeler que son rôle ne saurait dépasser celui d'interprète du droit: «Pour le surplus, il n'appartient pas à la justice, mais au législateur, de réparer les «graves conséquences» pour internet et pour les hébergeurs de blogs auxquelles pourrait conduire l'application du droit actuel.»[219]

Deuxième raison de douter d'un apport décisif de la jurisprudence: le caractère sporadique des prononcés des juges, qui dépendent de la volonté ou non des parties de leur soumettre leurs conflits. Les tribunaux ne peuvent en effet se prononcer que sur demande, au coup par coup; un mode d'agir qui ne favo-

---

216 Ainsi, YANN GRANDJEAN prétend que le juge en tant qu'acteur micro-politique a un grand rôle à jouer dans le processus normatif (Le juge est-il un acteur politique?, AJP 2013, p. 370). De même, MICHEL JACCARD et LÊ-BINH-HOANG (note 86) soulignent que ce qui fait la force et la flexibilité des décisions de justice par rapport à la loi, c'est qu'un précédent de justice peut toujours être renversé ultérieurement. Par ailleurs, même en Suède, pays où les juges ont toujours veillé scrupuleusement à ne pas empiéter sur les plates-bandes du législateur, des voix appellent à plus d'activisme afin de parer à de constants changements de circonstances (OLA WIKLUND, Om Högsta Domstolens rättskapande verksamhet – löper domstolen amok? Svensk Juristtidning 2014 p. 342).

217 Il faut dire que la *common law*, qui se nourrit de la casuistique, attend du juge qu'il crée le droit. Sur l'activisme judiciaire dans les pays anglo-saxons, voir AHON BARAK, A judge on judging, The Role of a Supreme Court in a Democracy, Harvard Law Review 2002, p. 19 ss.

218 Le recours à cette disposition pour combler des lacunes est toutefois soumis à des conditions très strictes pour éviter que le juge, laissant libre à cours à sa créativité, ne s'écarte de la systématique générale du droit en vigueur. Voir PAUL-HENRI STEINAUER, Le titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009, p. 138 s.

219 Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2013 (5A_792/2011, cons. 6.3). Voir aussi ATF 136 II 508: «Anzumerken ist, dass Gegenstand des vorliegenden Falls einzig die Datenbearbeitung durch die Beschwerdegegnerin ist und es nicht darum geht, dem Datenschutz generell den Vorrang gegenüber dem Schutz des Urheberrechts einzuräumen. Es ist Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters, die allenfalls notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten.» (cons. 6.4).

rise pas une approche holistique et systématique des enjeux du numérique. Pour ce faire, il faudrait instituer l'autosaisie; autrement dit, permettre au juge de dire le droit sans avoir à attendre qu'un cas concret ne lui soit soumis. Il va de soi qu'il ne s'agirait pas d'accorder ce privilège à toutes les instances judiciaires, mais au seul interprète suprême, le Tribunal fédéral. De plus, il faudrait limiter l'autosaisie aux cas où une réponse est instamment requise en raison de l'impact considérable de la carence, à l'instar des restrictions posées aux pouvoirs de contrôle du Préposé fédéral à la protection des données. Celui-ci ne peut intervenir d'office, en cas d'atteintes à la personnalité émanant de privés que si «une méthode de traitement est susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un nombre important de personnes (erreur de système)[220]»; par quoi il faut entendre des situations dans lesquelles le Préposé «agit quasiment dans un but d'intérêt public»[221]. A plus d'un, l'autosaisie paraîtra une solution audacieuse, voire incongrue; elle n'en est pas inédite pour autant. La déontologie journalistique la connaît déjà, puisque l'arbitre des médias qu'est le Conseil suisse de la presse, est en droit de s'autosaisir d'une problématique, si la majorité de ses membres le juge nécessaire.[222] Une prérogative dont il a fait par deux fois usage pour mettre le holà à des abus commis sur Internet. D'abord il s'est agi de restreindre le recyclage à des fins journalistiques de données personnelles publiées par des tiers sur les réseaux sociaux[223]; ensuite de décourager les commentaires anonymes sur les plateformes délibératives des médias[224].

Troisième et dernière réserve quant au bienfait d'un éventuel activisme judiciaire: la plupart des juges ne réalisent pas les tenants et aboutissants des nouvelles technologies; ce constat, que nous avons posé au début de la présente contribution[225], nous conduit à douter sérieusement de l'efficacité réelle d'un rôle accru des juges tant que leurs connaissances techniques ne se seront pas améliorées. Le recours à des expertises scientifiques permet il est vrai de pallier ce dé-

---

220 Art. 29 al. let. a LPD.

221 Philippe Meier (note 107), p. 613.

222 Art. 7 al. 2 du Règlement du Conseil suisse de la presse du 1er janvier 2015.

223 Prise de position du 1er septembre 2010: «1. Les informations et les documents mis en ligne sur les réseaux sociaux, les sites personnels et les blogs, qui sont accessibles librement à chacun, relèvent de l'espace public. Néanmoins, une information reprise de l'Internet peut garder sa nature privée suivant son contenu. Dès lors, une telle information ne doit pas être considérée a priori comme pouvant être publiée dans un autre média. 2. Le cas échéant, les journalistes doivent soupeser avec soin les intérêts en jeu (...). 3. Pour cette pesée des intérêts le contexte dans lequel les informations sont mises en ligne est déterminant. Par contexte il faut entendre: la nature du site (réseau social comme Facebook, blog personnel, forum, site institutionnel, etc.), l'identité de l'‹auteur (individu lambda, personnalité publique, journaliste, etc.) et son intention dans la mesure où elle est évidente (communication large ou s'adressant à un milieu restreint). Le seul fait qu'une information ou une photo se trouve sur internet ne permet pas de présumer que son auteur autorise une diffusion dans un autre média.»

224 Prise de position du 23 novembre 2011. Pour plus de détails, voir Sébastien Fanti, La fin des commentaires en ligne?, medialex 2012, p. 185 ss.

225 Sur le manque de connaissances techniques des tribunaux, cf. note 87.

ficit; mais dans une certaine mesure seulement, car celles-ci sont souvent contradictoires. Cela dit, sur le modèle du référé législatif qui a connu son heure de gloire pendant la Révolution française[226], on pourrait imaginer un référé technologique; autrement dit, obligation serait faite au juge confronté à une affaire dont les aspects techniques le dépasse de quérir l'avis d'une commission d'experts du numérique. Cette instance, qui est encore à créer[227], aurait l'avantage d'offrir un appui autorisé et constant que des experts occasionnels ne peuvent apporter.

4. *Accélérer la procédure législative*

Mis à part le droit de nécessité (qu'il serait aberrant d'évoquer dans le présent contexte)[228], le droit suisse ne connaît qu'un seul instrument pour accélérer la procédure législative: le droit d'urgence, dont les modalités de mise en œuvre sont strictement définies par l'art. 165 de la constitution fédérale. Même s'il permet de raccourcir la procédure d'adoption d'une loi en faisant l'impasse sur le référendum, le droit d'urgence n'est pas propre à régir l'évolutif et l'incertain. C'est en effet un instrument d'ultime recours, destiné à faire front, temporairement, à l'un ou l'autre problème de grande importance, tels, aujourd'hui, les violations du droit humanitaire, la lutte contre les épidémies et la limitation de l'immigration clandestine[229]. Autant dire que ce remède conçu pour contrer des crises, graves et occasionnelles, n'est pas propre à réguler sur la durée la révolution numérique et ses multiples conséquences.

Si le droit d'urgence n'est pas adéquat, que dire alors de l'effet anticipé, lequel tend à mettre en vigueur un acte normatif avant même que sa procédure d'adoption ne soit arrivée à terme? Cet instrument, qui est ignoré par notre loi fondamentale, nous aurions pu nous passer de le mentionner s'il n'y avait eu quelques fâcheux précédents dans le domaine de la communication électronique justement. On songe au défunt arrêté fédéral sur la radiodiffusion par satellite, qui conférait un effet anticipé à un simple projet de loi[230]; il prévoyait en effet qu'une concession de radiodiffusion par satellite pouvait être refusée si les

---

226 Le Tribunal de cassation institué par la loi du 1er décembre 1790 avait l'obligation de renvoyer à l'organe législatif toute question juridique qui nécessite une interprétation de la loi, parce qu'elle serait obscure, ou sa compréhension malaisée. L'objectif était moins de promouvoir la sécurité juridique que de veiller à ce que les juges n'interprètent pas les lois dans un sens contre-révolutionnaire.

227 Cf. infra III.3.

228 Le droit de nécessité est en effet destiné à parer à des situations de crises gravissimes empêchant le fonctionnement normal des institutions fédérales ou cantonales. Sur les limites du droit de nécessité, voir Regina Kiener, Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz, in: Markus Rüssli, Julia Hänni et Reto Häggi Furrer (éd.), Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2012, p. 459 ss.

229 La législation d'urgence en vigueur au moment de mettre sur presse se résume à ces trois domaines.

230 Art. 13 al. 1 let. j. Adopté en 1988 (RO 1988 898), cet arrêté a été abrogé quatre ans plus tard, à l'entrée en vigueur de la loi sur la radio-télévision.

plans du requérant étaient contraires à la future loi sur la radio-télévision, alors encore au stade d'avant-projet. On songe aussi à la mise en vigueur par le Conseil fédéral de la convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989, avant ratification formelle par le Parlement[231]. Dans le premier cas, il s'agissait d'éviter la constitution de droits acquis; dans le second, de pouvoir statuer rapidement sur des demandes de reprises dans nos réseaux câblés de programmes étrangers[232]. Cela dit, dans aucun des deux cas, l'empressement ne justifiait le recours à un instrument à la constitutionnalité plus que douteuse.

Reste que l'effet anticipé, aussi controversé soit-il, s'introduit dans le droit suisse, par la petite porte. En 2004, le Parlement est intervenu non pour interdire un procédé qui le met devant le fait accompli, mais pour le canaliser; des conditions strictes ont été posées à la mise en application provisoire des traités internationaux: désormais, il faut qu'il y ait urgence et que la sauvegarde d'intérêts essentiels pour la Suisse soit en jeu[233]. On notera aussi que le droit international est lui aussi tenté par l'effet anticipé lorsqu'il s'agit d'amender des traités préexistants; de plus en plus de protocoles additionnels aux conventions du Conseil de l'Europe contiennent une clause prévoyant leur entrée en vigueur automatique si aucun des Etats parties au traité de base ne manifeste son opposition[234].

5. Les instruments tendant à régir l'incertain

a. Les lois expérimentales

Viser la meilleure adéquation possible du droit à l'évolution des circonstances, c'est se donner les moyens de procéder à des essais. Si l'intention est donc parfaitement louable, reste à savoir si le gouvernement est en droit de légiférer à sa guise au motif qu'il s'agit de tester les répercussions de mesures envisagées avant de soumettre au Parlement un projet de loi, en toute connaissance de cause. La réponse doit être nuancée.

En effet, les lois expérimentales ne sont pas prévues par la constitution fédérale[235]. Cela dit, leur usage n'est pas rare. Ces trente dernières années, le Conseil

---

231 RO 0.784.405.

232 Pour plus de détails sur ces deux cas, voir Bertil Cottier, Le droit des télécommunications ou la gestion de l'‹incertain, in Bertil Cottier (éd.), Le droit des télécommunications en mutation, Fribourg 2001, p. 504 s.

233 Art. 7a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).

234 Voir par exemple l'art. 35 al. 2 du Protocole amendant la Convention européenne sur la télévision transfrontière (RS 0.784.405.1): «Néanmoins, le présent Protocole entrera en vigueur à l'expiration d'une période de deux ans à compter de la date à laquelle il aura été ouvert à l'acceptation, sauf si une Partie à la Convention a notifié au Secrétaire général du Conseil de l'Europe une objection à son entrée en vigueur». Une semblable clause est prévue dans le projet de protocole destiné à moderniser la convention européenne sur la protection des données (cf. supra C.IV.2.a).

235 Les articles 163 ss et 182 Cst. qui définissent les différents actes normatifs possibles ne mentionnent pas les lois expérimentales.

fédéral y a eu recours, à plusieurs reprises, pour évaluer l'impact réel de solutions innovatrices dans des situations indécises ou en émergence, en particulier dans le domaine hautement évolutif de la communication électronique. On citera en vrac l'ordonnance du 26 novembre 1986 sur le vidéotex[236], l'ordonnance du 16 décembre 1985 sur le système recherches informatisées de police (RIPOL)[237], l'ordonnance du 7 juin 1982 sur les essais locaux de radiodiffusion[238] et l'ordonnance du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique[239]; à quoi, il faut ajouter la section 6a de l'ordonnance du 24 mai 1978 sur les droits politiques qui régit les essais de vote électronique[240]. A l'exception de ce dernier texte qui est encore en force, toutes ces ordonnances ont été abrogées à l'entrée en vigueur des lois formelles dont ils ont servi de bancs d'essai (respectivement la loi sur la radio et la télévision, la loi sur la protection des données et la loi sur les services de certification).

La doctrine n'est de loin pas foncièrement opposée aux lois expérimentales dont elle réalise pleinement la nécessité: «Ein etwas höheres Tempo verträgt es demgegenüber in der Regelung begrenzter Spezialbereiche, insbesondere wenn diese andauernd technischen oder gesellschaftlichen Veränderungen unterliegen (...). Die Gesetzgebung beruht hier meistens und notgedrungen auf wissensmässig «lückenhaften» Grundlagen. Ein Vorgehen nach der experimentellen Methode von trial and error erscheint daher sachgerecht. Nicht weil die Zeit drängt, sondern weil keine auch nur annähernd «definitiven» Lösungen existieren».[241]

Cela dit, nécessité ne saurait faire loi; la doctrine, relayée par l'Office fédéral de la justice[242] a restreint l'usage des lois expérimentales afin d'éviter qu'elle ne devienne un prétexte à légiférer sans base légale[243]: d'abord l'essai doit être un moyen nécessaire et adéquat pour collecter des informations utiles, sans créer des situations irréversibles; ensuite, une procédure d'évaluation des enseigne-

236 RO 1986 2230.

237 RO 1986 7.

238 RO 1982 1149.

239 RO 2000 1257.

240 RS 161.11. Cette liste pourrait être complétée par la défunte loi fédérale du 14 décembre 2001 sur l'encouragement de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans les écoles (RO 2001 1388). Limité pour cinq ans, ce texte autorisait la Confédération à financer des projets d'informatisation de l'enseignement primaire et secondaire, deux domaines qui n'entrent pas dans son domaine de compétences.

241 Markus Müller, Il faut donner du temps au temps: Reflexionen zur zeitlosen Zeitnot in der Gesetzgebung, Leges 2014, p. 440. Voir également, pour des cas concrets de législation expérimentale, Alexandre Flückiger, Voter, élire et signer par Internet: le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité, in: Hanna Muralt Müller, Andreas Auer et Thomas Koller (éd.), E-voting, Berne 2003, p. 107 ss, ainsi que Andreas Auer et Alexandre Flückiger, La vidéo-surveillance dans l'œil de la Constitution, AJP 2006, p. 937 s.

242 Guide de législation, 3ème édition, Berne, 2007 (en particulier n° 428 et 586).

243 A quoi on peut ajouter une loi cantonale: la loi genevoise sur la législation expérimentale du 14 décembre 1995, qui établit le cadre juridique des expériences législatives.

ments obtenus doit être prévue; enfin, l'expérience doit être limitée dans le temps. En pratique, ces conditions n'ont pas toujours été scrupuleusement respectées: si l'ordonnance sur les essais locaux de radiodiffusion s'y conformait point par point[244], l'ordonnance sur les certifications ne prévoyait aucune procédure d'évaluation[245].

Pareilles conditions rigoureuses réduisent les possibilités de recourir à la loi expérimentale pour répondre aux défis du numérique. Hormis quelques situations particulières où l'on peut se donner le temps d'examiner scientifiquement les effets de mesures innovantes, ce type très particulier d'acte normatif n'a pas sa place pour réguler le cyberespace.

b. La délégation de compétences en blanc

Si le recours aux lois expérimentales est exceptionnellement admissible, la délégation de pouvoirs en blanc viole tant le principe de la séparation des pouvoirs que celui de la suprématie de loi.

On sait que tant la constitution fédérale (art. 164) que le Tribunal fédéral[246] soumettent la délégation de compétences législatives à des conditions précises à l'effet de prévenir des abus qui videraient de leur signification ces principes cardinaux de toute démocratie. En bref, la clause de délégation doit être contenue dans un acte normatif soumis au référendum et, surtout, poser les grandes lignes de la réglementation de substitution. Cette dernière condition, cruciale, met le chèque en blanc hors-la-loi, même s'il s'agit de donner au gouvernement ou à l'administration les moyens de réagir à l'imprévisible[247]. Ce nonobstant, le droit de la communication a accordé par trois fois des chèques en blanc.

Le premier exemple ressortit au droit des télécommunications; à l'origine, la LTC contenait une clause (art. 7), qui donnait pleins pouvoirs à l'autorité concédante de fixer généralement les conditions d'octroi d'une concession de services de télécommunications «s'il n'existe pas de dispositions régissant un état de fait déterminé qui requiert une concession». Tout aussi dénuée de limite à l'étendue de la compétence législative déléguée était la disposition de l'ancienne loi sur la radio-télévision (art 19 al. 6) qui autorisait le Conseil fédéral à «édicter des prescriptions supplémentaires sur le parrainage dans la mesure où

---

244 Elle était limitée à dix ans et une évaluation des scientifiques de son impact a été conduite par l'Université de Zurich (Schlussbericht der Arbeitsgruppe RVO-Begleitforschung, Seminar für Publizistikwissenschaft, Zurich 1989).

245 Les essais de vote électronique, même s'ils ont tendance à perdurer, ont déjà fait l'objet de plusieurs évaluations. Pour la dernière en date, voir le rapport du Conseil fédéral du 14 juin 2013, Evaluation de la mise en place du vote électronique (2006–2012) et bases de développement (FF 2013 4519).

246 Voir entre autres ATF 115 Ia 378 (cons. 3) et ATF 118 Ia 245 (cons. 3b).

247 Reste qu'en présence de situations évolutives et/ou techniques qui relèvent de l'administration de promotion, la délégation de compétences peut être plus large et se limiter à fixer certains objectifs (voir sur ce point l'arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 13 mars 2000, RDAF 2005 I, p. 137.

l'exécution de la présente loi l'exige». Controversées, ces deux délégations de compétences ont été abrogées en 2007.

Il est toutefois piquant de relever qu'au même moment où il faisait disparaître ces deux dispositions, le Parlement concédait un nouveau chèque en blanc lors de la révision totale de la LRTV; l'article 63 al. 5, qui traite du conditionnement technique des programmes, habilite en effet l'Office fédéral de la communication à prendre, comme il l'entend, les décisions nécessaires à la protection de la diversité de l'offre et des opinions «s'il n'existe pas de dispositions réglant un état de fait déterminé». Conscient de proposer une délégation de pouvoirs en délicatesse avec le droit constitutionnel, le Conseil fédéral avait tenu à souligner que «dans un domaine marqué par une évolution technologique rapide, les menaces à la diversité des opinions sont difficiles à prévoir. L'al. 5 donne la possibilité de réagir avec souplesse et rapidité. Il permet en effet d'intervenir en temps utile si les intérêts constitutionnels sont menacés. L'office respectera strictement le principe de la proportionnalité dans tous les cas et ses décisions seront susceptibles de recours.[248]». Cet appel à un usage modéré du chèque en blanc n'ôte cependant rien au caractère anticonstitutionnel de la démarche[249].

Tout aussi critiquable que la délégation de compétences en blanc, voire même plus, sont les mesures restrictives à la liberté de l'information prises sans aucune autorisation légale; c'est ainsi que le blocage de l'accès à des serveurs diffusant des informations illégales est la cible de critiques de la doctrine, faute de fondement dans une loi formelle[250].

III. Les bons remèdes

1. Généralités

Outre qu'elles sont pour la plupart de constitutionnalité douteuse, les médications que nous venons de passer en revue sont toutes inaptes à redonner sécurité et légitimité au cadre juridique du cyberespace, durement éprouvé par la révolution numérique. Pour lui faire reprendre des couleurs, on ne peut se passer d'un traitement draconien. A révolution radicale, thérapie radicale.

Les réformes institutionnelles que nous proposerons s'articulent autour de trois réquisits qui, chacun à leur manière, contribuent à rehausser la qualité du corpus normatif topique:

- l'«intelligibilité», qui vise à améliorer la lisibilité et la cohérence des normes;
- la «pertinence», qui tend à assurer leur adéquation à la réalité du moment;

248 Message à la révision de la LRTV, FF 2003 1565.

249 Rolf Weber, Rundfunkrecht, Berne 2008, p. 395.

250 Christian Schwarzenegger, Sperrverfügungen gegen Access-Provider – über die Zulässigkeit polizeilicher Gefahrenabwehr durch Sperranordnungen im Internet, in: Oliver Arter et Jörg Florian (éd.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Berne 2003, p. 249 ss.

- la «participation», qui présuppose leur adoption selon une procédure démocratique.

Le premier réquisit renvoie non seulement à la technique législative mais aussi à l'allocation du pouvoir de produire des normes (III.2). Les deux autres concernent, quant à eux, la personne du législateur, ou plutôt du régulateur (III.3). Constitué de manière représentative, il devra disposer de vastes connaissances scientifiques et faire preuve de capacité de réaction.

2. *Des règles intelligibles*

Internet étant désormais l'affaire de tout un chacun[251], les normes qui le régissent doivent s'adresser au citoyen lambda. Elles seront donc suffisamment précises et concrètes pour qu'il puisse se fonder sur elles pour adopter le comportement voulu par le législateur. Pareille condition d'intelligibilité n'est pas nouvelle; le Tribunal fédéral[252] comme la Cour européenne des droits de l'homme[253] se montrent très exigeants lorsqu'il s'agit de restreindre les droits fondamentaux: la base légale doit être circonstanciée et compréhensible. Les juges lausannois relèvent en outre que le degré de précision est, notamment, fonction des destinataires de la norme: il sera particulièrement élevé si celle-ci s'adresse à l'ensemble des administrés, et non aux seuls professionnels[254]. Le droit pénal, gouverné par le principe *nulla poena sine lege certa*, est tout aussi strict en matière de précision[255].

Notre intention est d'étendre l'exigence d'intelligibilité à tous les actes normatifs destinés à régir, spécifiquement ou majoritairement, le numérique. On sait que le recours trop fréquent à de vagues concepts juridiques indéterminés ou de délicates balances d'intérêts péjore l'application des lois[256]: le citoyen se détourne d'un droit dont le sens lui échappe[257], avec la conséquence que non

---

251 Cf. supra B.III.2

252 ATF 139 I 280 et la jurisprudence citée au considérant 5.1.

253 Notamment Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni (13 décembre 1996, 18139/91), où la Cour souligne (cons. 37) que les mots base légale «ont trait aussi à la qualité de la loi en question: ils exigent l'accessibilité de celle-ci aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé.»

254 ATF 139 I 280 (cons. 5.1): «Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich dabei jedoch nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem (...), von den Normadressaten, (...)».

255 ATF 119 IV 242 (cons. 1c): «Das Bestimmtheitsgebot (nulla poena sine lege certa) ist Bestandteil des Legalitätsprinzips. (...). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe muss das Gesetz lediglich so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eins bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. «. L'exigence de précision s'étend même aux signes de la circulation routière qui doivent être compréhensibles, au premier coup d'œil, pour les usagers de la route, BJP 1998 no 329.

256 Cf. supra C.II.1.

257 Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011, FF 2012 262. Voir également, pour ce qui concerne l'utilisation des droits dé-

seulement il ne se met pas en conformité, mais encore qu'il ne saisit pas la justice quand il est victime d'une violation.

Pour restituer la clarté et la prévisibilité du droit du cyberespace, il faut créer un corpus normatif à deux échelons:

- L'échelon supérieur, de faible densité normative, réunira des lois cadres thématiques (protection des données, propriété intellectuelle, commerce électronique, etc.). Son objectif est de jeter les bases d'une législation suivant des choix politiques.
- L'échelon inférieur, de grande densité normative, comprendra des réglementations circonstanciées (droit à l'image, drones, financement participatif, surveillance des employés, etc.). Sa vocation est essentiellement régulatrice.

A première vue, ce modèle n'a rien d'original. Ne reprend-il pas l'articulation, bien connue en droit public, entre la loi, générale, et le règlement d'exécution, plus détaillé? A y regarder de plus près, il en diffère cependant sur deux point essentiels:

- La loi cadre, de haute abstraction, sera technologiquement neutre, au contraire des réglementations concrètes qui l'implémentent, lesquelles viseront des vecteurs de communication précis, des fonctionnalités et/ou des répercussions spécifiques.
- Les particuliers ne seront tenus de respecter que les réglementations concrètes; de fait, la loi cadre ne s'adresse pas à eux, mais à l'autorité de régulation dont elle oriente l'action. Suivant l'importance de la matière, elle lui laissera plus ou moins de marge de manœuvre.

D'aucuns l'auront constaté, ce modèle de législation à deux niveaux s'inspire directement d'un instrument de gouvernance propre à l'Union européenne: la directive. Cet acte normatif non seulement enjoint les Etats membres de légiférer dans un domaine spécifique, mais détermine, dans les grandes lignes, le contenu de la loi nationale qui le transposera. Détaillé et modulé en fonction des particularités sociales, économiques ou culturelles du pays en question, ce texte de second échelon sera celui qui sera opposable aux particuliers[258].

Cela dit, nous connaissons déjà un texte qui répond parfaitement aux conditions d'abstraction et de neutralité technologique que nous posons pour la loi cadre: la loi fédérale sur la protection des données. Un texte truffé d'énoncés

---

coulant de la propriété intellectuelle, le Rapport AGUR12 (note 4), p. 75: «S'agissant des utilisations Internet, il semblerait qu'une grande insécurité demeure sur la situation juridique. Celle-ci peut avoir pour conséquence, d'une part, des atteintes involontaires au droit d'auteur, mais lourdes en conséquence pour les titulaires des droits et, d'autre part, une crainte diffuse pouvant se traduire par un abandon des utilisations légitimes et une non-exploitation des restrictions du droit d'auteur existantes.».

258 Instrument d'harmonisation, la directive doit être transposée avec le plus de précision possible dans le droit national (JOËL RIDEAU, Droit institutionnel de l'Union européenne, 6ème éd., Paris 2012, p. 198).

normatifs flous[259] qui requiert impérativement leur concrétisation par le biais de prescriptions sectorielles précisant leur sens en fonction du terrain. Trente ans après son adoption, ces clarifications se font encore attendre. Autrement dit, dans le domaine de la protection de la vie privée, le législateur s'est arrêté à mi-chemin: il a correctement œuvré au premier échelon, mais il a fait l'impasse sur le second, pourtant décisif pour l'application pratique[260].

3. *Une Haute Autorité du numérique*

L'adoption des (quelques) lois cadres sera l'affaire du Parlement; il importe que les axes principaux d'une réglementation demeurent définis par un organe politique représentatif doté d'une grande légitimité. Ce d'autant que ces principes directeurs, reflets des valeurs fondamentales de la société, sont appelés à durer; de par leur généralité, ils devraient résister à l'obsolescence (le conditionnel est de rigueur, car le progrès technique n'en est pas à sa première surprise). Les réglementations concrètes seront, quant à elles, de la compétence non de l'administration centrale, mais d'une commission d'experts; il ne s'agit pas de créer une énième commission consultative, comme la Commission fédérale des médias[261] ou l'Observatoire des mesures techniques[262], mais une entité dotée de

---

259 Voir en particulier l'art. 4 (principes régissant le traitement des données) et l'art. 12 LPD (motifs justificatifs).

260 Cette solution répond au souci de clarté et de lisibilité de la LPD exprimée par le Groupe de travail chargé de préparer une esquisse de révision de la loi sur la protection des données dans son rapport du 20 octobre 2014 (p. 10): «Der allgemeine und technologieneutrale Charakter der Bestimmungen des DSG führt insbesondere im privaten Bereich sowohl für die Datenbearbeitenden als auch für die betroffenen Personen zu einer gewissen Verunsicherung über die richtigen Verhaltensweisen. Dadurch wird eine wirksame Durchsetzung des Gesetzes erschwert. Um diesem Problem zu begegnen und die Vorhersehbarkeit des Datenschutzrechts zu verbessern, schlägt die Begleitgruppe vor, die allgemeinen Grundsätze des DSG durch detailliertere Bestimmungen zu ergänzen, die im privaten Bereich und gegebenenfalls auch im öffentlichen Bereich anwendbar sind. Auf diese Weise könnten ausführlichere Regelungen zu Themen entwickelt werden, die heutzutage zahlreiche Fragen aufwerfen, wie beispielsweise die Videoüberwachung, «Big Data», der elektronische Handel oder das «Cloud Computing». Ausserdem könnten auch bestimmte im Gesetz verwendete Begriffe (z.B. «erhöhtes Risiko»,) oder die Modalitäten gewisser durch das Gesetz eingeräumter Rechte präzisiert werden (z.B. das Recht auf Löschung).»

261 En 2013, le Conseil fédéral a mis sur pied une Commission fédérale des médias; organisée suivant le modèle d'une commission administrative extraparlementaire et composée de quinze experts, elle a pour mission de conseiller le gouvernement sur toute question relative à la presse, à la radiodiffusion et aux nouvelles technologies de communication. Disons-le tout net: cette commission n'a pas semblé marquer un intérêt particulier pour le numérique; ses premières investigations se sont concentrées sur l'aide à la presse et la radiodiffusion de service public. On relèvera que la création d'une commission des médias avait déjà été préconisée en son temps par la Commission pour une conception globale des médias, Rapport CGM (note 42), p. 609, il aura fallu plus de trente ans pour matérialiser cette recommandation …

262 Créé en 2008, l'Observatoire des mesures techniques est chargé d'étudier les effets des mesures de protection (encodage des DVD ou cryptage des programmes TV, par exemple) sur les restric-

vrais pouvoirs normatifs que l'on se hasardera à appeler (mais le nom est le moindre des problèmes) la Haute Autorité du numérique.

Une autorité, et non plusieurs: multiplier les régulateurs en fonction de la matière traitée (une autorité pour la protection de la vie privée, une autre pour le commerce électronique, etc.) empêche toute vue d'ensemble et, partant, nuit à la cohérence des divers textes réglementaires.

La Haute Autorité devra être indépendante; un statut d'autonomie s'impose en effet pour un organe étatique appelé non seulement à définir le comportement de privés, mais aussi d'entités publiques. Certes, le modèle des autorités indépendantes n'a pas toujours eu les faveurs de notre pays, très attaché à une vision strictement hiérarchique de l'administration. Avec la création de la Commission fédérale de la concurrence, de la FINMA ou encore du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, le modèle administratif polycentrique, très prisé des pays anglo-saxons et scandinaves[263], a finalement fait son entrée en Suisse. Au vu de ces heureux précédents, on se doit de le préconiser pour la future commission du numérique. On notera encore qu'indépendance signifie non seulement ne pas recevoir d'instructions du gouvernement, mais aussi disposer d'un budget propre et d'un secrétariat distinct[264].

Les membres de la Haute Autorité seront désignés par le Parlement afin d'offrir à cette commission la plus grande légitimité possible; leur nombre (idéalement une quinzaine) importe moins que leurs connaissances pointues dans les domaines de la technique, de l'économie, de la sociologie et du droit. Le critère qui doit primer est celui du savoir et non celui de l'appartenance politique[265]. Les membres exerceront leur mandat à titre accessoire afin qu'ils puissent conserver une activité professionnelle, et partant un lien avec la pratique; une attache qui assure un suivi constant des conséquences réelles du progrès technologique.

Les compétences de la Haute Autorité seront uniquement réglementaires. Il est hors de question qu'elle exerce de quelconques tâches décisionnelles; la mise en œuvre des textes normatifs restera l'apanage des entités administratives, centrales ou décentralisées, normalement compétentes. Il importe en effet que cet organe ne soit pas distrait de l'accomplissement des seules tâches qui soient sa raison d'être: pourvoir à l'existence d'un cadre juridique adéquat (c'est-à-dire élaborer rapidement les normes nécessaires, évaluer régulièrement

---

tions au droit d'auteur (art. 39b LDA). Cet observatoire a uniquement des fonctions de médiation et de sensibilisation.

263 Pour une description générale de l'essor des autorités indépendantes sur le continent européen, voir Sophie Perez, Les autorités administratives indépendantes, Annuaire européen de l'administration publique 2008, Aix-Marseille 2009.

264 Sur les divers critères d'indépendance, voir Frédéric Varone et Karin Ingold, L'indépendance des agences nationales de régulation, in: François Bellanger et Thierry Tanquerel, Les autorités administratives indépendantes, Zurich 2011, p. 45 s.

265 On peut imaginer que la présidence soit confiée à une personnalité politique; les autres membres devront en revanche être des experts.

leur efficacité et abroger au plus vite celles qui se révéleraient dépassées) d'une part, promouvoir à sa connaissance par les usagers du net d'autre part.

Des normes adéquates d'abord: pour atteindre cet objectif qualitatif, la Haute Autorité devra être en contact permanent avec les divers acteurs du numérique (opérateurs, société civile, usagers, etc.). Et c'est là que l'instrument du *multistakeholder dialogue*, mis en place par la communauté internationale sous l'égide de l'*Internet Governance Forum*[266], peut avantageusement servir de modèle. La Haute Autorité devra animer une plateforme de ce genre au niveau suisse afin d'être non seulement à l'écoute des besoins et des revendications de «la base», mais aussi de faciliter l'adhésion (*acceptance* dirait-on plus judicieusement en anglais) des parties prenantes aux réglementations qu'elle entend édicter[267].

Dans une semblable perspective de large adhésion aux réglementations topiques, il serait judicieux que la Haute Autorité encourage la participation active des divers secteurs de l'économie et de la société civile à la création du droit. Ceux-ci seront invités à développer des codes de conduite sectoriels et à les soumettre à la Haute Autorité; son approbation formelle les dotera de la force contraignante qui leur manque[268] aujourd'hui. Pareille procédure de corégulation existe déjà en droit suisse; ainsi, par exemple, aux termes de l'art. 4 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières[269], la Bourse suisse soumet ses règlements d'organisation et d'exploitation pour approbation à la FINMA[270].

On relèvera en outre que la Haute Autorité devra prêter une attention particulière aux développements à l'étranger: les bonnes et mauvaises expériences faites par les autres permettent toujours de tirer, à peu de frais, de précieux enseignements. En matière de régulation de l'incertain, on n'a jamais trop de sources d'inspiration. Dès lors, il ne s'agit pas de se contenter, comme il est d'usage dans notre pays, de faire le tour des pays qui nous entourent[271]; il faut porter son regard sur les réglementations développées par les pays qui donnent le ton en matière numérique (Etats-Unis, pays scandinaves), mais aussi sur les

266 Cf. supra C.IV.3.

267 De fait, pareille plateforme existera déjà. L'Office fédéral de la communication a en effet invité les divers acteurs numériques à constituer, le 19 mai 2015, le *Swiss Internet Governance Forum*. Conçue comme un lieu d'interaction et d'échanges, cette plateforme fonctionnera de manière aussi informelle que possible; ainsi, les initiants n'ont pas prévu d'ordre du jour particulier, mais attendent les propositions des intéressés.

268 Cf. supra C.III.2

269 RS 954.1.

270 Cette disposition porte le titre marginal d'«autorégulation»; le terme exact devrait être «corégulation», car l'adoption des normes pertinentes est l'œuvre d'une action conjointe de la Bourse suisse et de la FINMA.

271 Une approche ethnocentriste du droit comparé qu'un auteur, œuvrant pour plus d'ouverture, a affublé du nom de *Country and Western tradition of comparative law* (William Twining, Globalisation and Legal Theory, Cambridge 2000, p. 184).

solutions originales développées par des pays moins traditionnels, comme la récente loi sur le numérique du Brésil[272].

Produire des normes adéquates est une chose, les faire connaître aux usagers en est une autre. Cette seconde mission de la Haute Autorité ne devra pas être négligée. On a déjà eu l'occasion de constater que les particuliers comme les entreprises ignorent leurs droits. Des règles précises faciliteront assurément une meilleure mise en conformité, mais ce n'est pas suffisant: des campagnes d'éducation devront être menées[273]. De (nombreux et excellents) projets en ce sens ont déjà été développés (notamment au niveau des écoles pour toucher la jeunesse, fervente, mais inconsciente, utilisatrice des réseaux sociaux[274]), mais ils donnent tous l'impression d'être des actions éphémères et isolées. La Haute Autorité aura pour tâche de soutenir et surtout de coordonner les efforts des uns et des autres.

4. *Variantes*

Pour rassurer ceux qui voient d'un mauvais œil l'attribution des compétences réglementaires à une autorité indépendante, nous proposerons encore deux variantes plus respectueuses de la séparation des pouvoirs; elles n'ont pas notre faveur, mais peuvent servir de compromis.

La première variante consisterait à investir le Parlement d'un droit de veto sur les règlements de la Haute Autorité. Pour rendre cette variante compatible avec l'exigence, cruciale, de rapidité, le législatif devrait être contraint d'exercer son droit d'opposition dans un délai bref (six mois par exemple).

Une variante encore plus déférente du Parlement et de ses prérogatives législatives serait de faire de la Haute Autorité un organe de proposition, au bénéfice d'un droit d'initiative législative. En somme, la Haute Autorité préparerait des projets de loi, en bonne et due forme, à l'intention du Parlement qui, à son tour, serait obligé de les traiter, suivant la procédure législative usuelle, mais en priorité. Cette solution a toutefois le défaut que les textes ainsi adoptés pourraient faire l'objet d'un référendum, avec les risques que cela suppose (retard, voire rejet).

---

272 Loi 12.965 du 23 avril 2014 sur les principes, les garanties, les droits et les devoirs des utilisateurs d'Internet au Brésil. Bien que ce texte, adopté dans le sillage du scandale de la surveillance tous azimuts des réseaux exercée par la NSA américaine, n'est certainement pas directement transposable dans notre ordre juridique, son approche holistique de la problématique du numérique mérite que l'on y prête attention.

273 Les appels à la sensibilisation du public en général ne manquent pas; voir par exemple Rapport AGUR12 (note 4), p. 75.

274 Entre autres, le programme national de développement des compétences médiatiques «Jeunes et Médias» mis sur pied par l'Office fédéral des assurances sociales et le site d'informations «Menaces sur un site social» géré par Pro Juventute.

E. En guise de conclusion

S'il y a bien un mot qui n'a pas sa place dans une contribution qui traite d'un domaine aussi dynamique que le droit du cyberespace, c'est bien celui de conclusion. Trompeur, il laisse croire que l'affaire est entendue et que l'on peut passer à autre choses Rien de cela: le progrès allant s'accélérant, un arrêt, ou même, une pause est inconcevable. La présente contribution n'étant pas un *wiki* que l'auteur ou des tiers pourraient régulièrement modifier en fonction de l'évolution des circonstances, mais un «bon vieux» texte imprimé, limité dans la longueur (70 pages à 2600 signes) et dans le temps (délai de remise des manuscrits au 7 avril 2015), l'heure de poser la plume (ou plutôt de débrancher l'ordinateur) s'approche. On se permettra cependant encore une remarque, d'ordre plus général, sur le législateur de l'incertain.

Le bric-à-brac de règles, plus ou moins adéquates et actuelles, censées régir le cyberespace, est à des années lumière de la pureté systématique du modèle normatif hiérarchique dégagé par Kelsen. Parlement, gouvernement, tribunaux, entités étatiques autonomes, organisations privées, usagers mêmes, tous apportent l'une ou l'autre pièce manquante à un puzzle législatif dont aucun acteur n'a, à lui seul, la maîtrise complète et dont personne ne sait combien de pièces seront nécessaires pour le terminer (si tant est que l'on pourra une fois le savoir …).

De fait, certains auteurs avaient depuis longtemps annoncé l'avènement d'un nouveau paradigme: celui d'un modèle de législation en réseaux[275], caractérisé, notamment, par la démultiplication des sources normatives, la négociation des règles applicables et le décloisonnement des diverses branches du droit[276]. Du gouvernement, on passe à la gouvernance, et de la législation, à la régulation. En d'autres termes, on glisse d'un modèle pyramidal à «un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, qui ne sont pas tous étatiques, ni mêmes publics, pour atteindre des buts propres, discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains[277]».

Internet n'est pas la cause première de cette transformation: les premiers signes d'une évolution vers une mécanique de production de normes plus souple, plus participative et plus adaptative se sont manifestés à la fin du siècle précédent, lorsque les politiques publiques se sont fait plus complexes et qu'il a fallu, pour y faire front, développer des outils de gestion inédits, comme le

275 Voir en particulier l'ouvrage de François Ost et Michel van de Kerchove, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles 2002 (en particulier p. 23 ss). Voir également Pierre Moor, Dynamique du système juridique, Zurich 2010.

276 Ainsi, même la distinction entre droit privé et droit public, pourtant «endémique au droit», tend à s'estomper; voir Davide Cerutti, Le droit décloisonné et la norme décloisonnante: un pont sans rives? Croisière sur le sens et la nature du décloisonnement, in: Jean Philippe Dunand et Pascal Mahon, Le droit décloisonné, interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Genève 2009, p. 3 ss.

277 Bruno Jobert, Les métamorphoses de la régulation politique, Paris 1998, p. 29.

New Public Management. Le numérique, et son lot de précarités et de variabilités, n'a fait que pousser un peu plus le modèle pyramidal vers la porte de sortie.

Le nouveau paradigme d'une législation en réseaux s'est-il pour autant imposé? Pas encore: le chaos du droit cyberespace montre que le but n'est pas encore atteint faute d'un organe assumant le leadership: les énergies doivent être canalisées là où elles débordent, dopées là où elles manquent. Ce centre de gravité, qui bénéficiera d'une vision d'ensemble et réunira en son sein des forces de créativité et d'innovation, ce peut-être la Haute Autorité du numérique que nous avons proposé de mettre sur pied. Une institution qui ne sera pas laissée à elle-même puisqu'elle sera pilotée d'en haut, par le biais des lois cadres édictées par le Parlement, et d'en bas, par le truchement d'une plateforme participative, type *Swiss Internet Governance Forum*, laquelle permettra aux diverses parties prenantes d'apporter leurs contributions concrètes à la création du droit.

On soulignera que nous ne sommes pas les seuls à plaider pour plus de *leadership* dans le domaine du numérique. Dans un article publié le 19 janvier 2015 dans le quotidien Le Temps, le professeur Jean-Henry Morin de l'Université de Genève a dénoncé «une dilution des responsabilités liées à ces questions, qui sont réparties à travers plusieurs départements et offices fédéraux, rendant difficile, voire impossible une coordination cohérente des politiques publiques en la matière. Lorsqu'une question est le problème de tous, elle risque fatalement de devenir le problème de personne. C'est précisément le mal qui frappe notre pays et qui nous a conduits à ne pas avoir d'agenda numérique suisse incarné, porté par une personne dont ce serait la mission et la responsabilité».[278]

Des propos alarmistes certes, mais propres à avertir nos décideurs que l'heure n'est plus aux bricolages législatifs: il est temps d'affronter les défis posés par le cyberespace avec compétence, cohérence et hauteur de vue.

278 Dans le même sens, le conseiller national Fathi Derder a requis (Interpellation 14.429) la création d'un Secrétariat d'Etat à la société numérique, au vu du caractère transversal des problèmes posés par la société de l'information. Le 18 février 2015, le Conseil fédéral a rejeté cette proposition au motif que le fonctionnement d'une instance centrale serait trop dispendieux pour une plus-value relativement faible (chiffre 3).