



<http://www.droit-technologie.org>

présente :

Droit Européen Et Comparé De l'Internet  
**Rapport national Suisse**

**Michel JACCARD**

Docteur en droit, LL.M. (Columbia),  
Chargé de cours aux Universités de Fribourg et de Neuchâtel,  
Admis au barreau de New York, avocat, Genève  
[jaccard@ttv.ch](mailto:jaccard@ttv.ch)

28 novembre 2000

Colloque International **L'INTERNET ET LE DROIT**

**Droit européen et comparé de l'Internet**

UNIVERSITE DE PARIS I – PANTHEON SORBONNE

**25 - 26 septembre 2000**

**RAPPORT NATIONAL SUISSE**

*Michel JACCARD*\*

<b>Chapitre 1. Introduction</b>	<b>4</b>
<b>Chapitre 2. La protection des données personnelles</b>	<b>4</b>
<b>A. En général</b>	<b>4</b>
<b>B. Les principes de la protection des données au plan fédéral</b>	<b>5</b>
1. Le siège de la matière	5
2. Les principes matériels du traitement des données dans la LPD	6
a) La licéité (art. 4 al. 1 <sup>er</sup> LPD)	6
b) La bonne foi (art. 4 al. 2 LPD)	6
c) La proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD)	6
d) La finalité (art. 4 al. 3 LPD)	7
e) L'exactitude des données (art. 5 LPD)	7
f) La communication de données à l'étranger (art. 6 LPD)	7
g) La sécurité (art. 7 LPD)	7
h) Le droit d'accès (art. 8 à 10 LPD)	8
3. Le traitement des données par des personnes privées (art. 12 à 15 LPD)	8
4. Le traitement des données par des organes fédéraux (art. 16 à 25 LPD)	10
5. Le préposé fédéral à la protection des données (art. 26 à 32 LPD)	11
6. Sanctions pénales (art. 34 et 35 LPD)	11
7. Secret des télécommunications	11
<b>Chapitre 3. La responsabilité pour le contenu illicite</b>	<b>12</b>
<b>A. En général</b>	<b>12</b>
<b>B. La responsabilité selon le nouveau droit pénal des médias</b>	<b>13</b>
1. Les nouvelles dispositions	13

---

\* Docteur en droit, LL.M. (Columbia), Chargé de cours aux Universités de Fribourg et de Neuchâtel, admis au barreau de New York, avocat, Genève (jaccard@ttv.ch).

	2
2. La responsabilité du fournisseur d'accès _____	14
a) Auteur et personne responsable de la publication au sens de l'art. 27 CP _____	14
b) La responsabilité selon l'art. 322 <sup>bis</sup> CP _____	15
3. La responsabilité du fournisseur d'hébergement _____	16
<b>C. La responsabilité en droit pénal général _____</b>	<b>17</b>
<b>D. Aspects techniques d'un blocage d'accès et appréciation de leur proportionnalité _____</b>	<b>18</b>
<b><i>Chapitre 4. Les aspects contractuels _____</i></b>	<b><i>19</i></b>
<b>A. Introduction _____</b>	<b>19</b>
<b>B. L'échange de consentements _____</b>	<b>20</b>
1. En général _____	20
2. La manifestation de volonté électronique _____	20
3. L'offre _____	20
4. L'acceptation _____	21
5. Questions particulières _____	22
a) Nature du consentement _____	22
b) Capacité de contracter _____	22
<b>C. Le moment de la formation du contrat _____</b>	<b>23</b>
<b>D. Le droit de rétractation _____</b>	<b>24</b>
<b>E. Le contenu et la qualification du contrat _____</b>	<b>25</b>
1. Incorporation valable de conditions générales _____	25
2. Qualification du contrat _____	26
<b>F. La validité formelle du contrat _____</b>	<b>27</b>
<b>G. La preuve du contrat _____</b>	<b>28</b>
1. En général _____	28
2. L'Ordonnance du Conseil fédéral du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique _____	29
<b><i>Chapitre 5. La propriété intellectuelle _____</i></b>	<b><i>31</i></b>
<b>A. Introduction _____</b>	<b>31</b>
<b>B. La protection du contenu _____</b>	<b>32</b>
1. En général _____	32
2. La protection par le droit d'auteur _____	32

	3
3. La protection au titre de la concurrence déloyale _____	34
<b>C. Les noms de domaine _____</b>	<b>35</b>
1. Le droit des marques _____	35
2. Le droit des raisons de commerce _____	36
3. Le droit de la concurrence déloyale _____	36
4. Le droit au nom _____	38
<b>Chapitre 6. Conclusion générale _____</b>	<b>38</b>

## CHAPITRE 1. INTRODUCTION

- 1 Le présent rapport est divisé en quatre chapitres, consacrés respectivement à la protection des données personnelles, à la responsabilité pénale des intermédiaires sur le réseau, à la problématique contractuelle et aux questions de propriété intellectuelle. Il se termine par une brève conclusion générale.

## CHAPITRE 2. LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

- 2 **BIBLIOGRAPHIE** : **LAURENT BAERISWYL / GRÉGOIRE MANGEAT**, Protection des données personnelles sur Internet : la situation en Suisse, *Juriscom.net*, 21 juin 2000, <http://www.juriscom.net/chronique/2/ch0621.htm>; **JÉRÔME BÉNÉDICT**, Internet et le respect du secret professionnel de l'avocat, *in*: L'avocat moderne, Regards sur une profession dans un monde qui change, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Bâle 1998, p. 267 ss; **GÉRALD PAGE**, Autoroutes de l'information et protection des données, *in*: Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, édité par Reto M. Hilty, Berne 1996, p. 353-393; *idem*, Fiches juridiques suisses n° 1404 à 1406, Genève 1993 et 1996; **KOSMAS TSIRAKTSOPULOS / FRÉDÉRIC SCHOENBETT**, La protection des données et Internet, Flash Informatique (EPFL) - Spécial Sécurité, Lausanne 2000, p. 16-19; **FRIDOLIN M. R. WALTHER**, Das Anwaltsgeheimnis im E-mail-Zeitalter – eine Problemskizze, RSJ 96 (2000), p. 357-366; **JEAN-PHILIPPE WALTER**, La protection des données dans le cyberspace, *Medialex* 2/00, p. 88-96; **URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER**, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 2000, p. 239-280.

### A. EN GÉNÉRAL

- 3 La protection des données en Suisse est en premier lieu assurée par l'art. 13 al. 2 de la nouvelle Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000 (RS 101), en vertu duquel "*toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent*".
- 4 Au plan fédéral, une réglementation homogène s'applique aux relations entre particuliers et autorités fédérales ainsi qu'aux rapports horizontaux entre particuliers (voir *infra* B). Fédéralisme oblige, les cantons et demi-cantons restent pourtant compétents pour édicter une réglementation spécifique qui traiterai des relations entre particuliers et autorités cantonales et communales. Dans la mesure où ces réglementations ne sont toutefois pas uniformisées, même si elles doivent respecter les principes constitutionnels, elles ne seront pas étudiées.
- 5 Par ailleurs quelques, dispositions éparses du droit fédéral offrent une protection spécifique dans des domaines particuliers. On peut par exemple penser au régime spécifique dont jouit la presse<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Art. 28 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 ("CC", RS 210). Voir GÉRALD PAGE, Autoroutes de l'information et protection des données, p. 386-390.

les banques<sup>2</sup> ou des professions comme les avocats, les hommes d'Eglise ou les médecins<sup>3</sup>. Faute de place, ces disparités ne seront pas étudiées. Enfin, le secret des télécommunications peut jouer en rôle important en matière d'Internet (voir *infra* B.7).

- 6 A cette réglementation interne s'ajoutent les conventions internationales auxquelles la Suisse a adhéré et qui ne nécessitent pas, de manière générale, de transposition formelle en droit interne. Il s'agit notamment de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101)<sup>4</sup>. Plus récemment le Conseil de l'Europe, dont la Suisse fait partie, a adopté le 28 janvier 1981 une Convention (n° 108) pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel<sup>5</sup>, ainsi qu'une Recommandation R (99)5 du 23 février 1999 sur la protection de la vie privée sur Internet<sup>6</sup>, dont le Juge suisse s'inspirera certainement s'il doit se prononcer sur ces questions.

## B. LES PRINCIPES DE LA PROTECTION DES DONNÉES AU PLAN FÉDÉRAL

---

### 1. LE SIÈGE DE LA MATIÈRE

- 7 Les textes les plus importants au plan fédéral sont la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993, et son ordonnance d'exécution du 14 juin 1993 (OLPD, RS 235.11), également entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993.
- 8 De façon caractéristique, la LPD constitue une *réglementation unique* en ce sens que son application ne dépend pas d'un support particulier ou d'une technique spécifique de récolte et de traitement des données (neutralité technologique) et qu'elle s'applique aussi bien aux personnes privées qu'à l'administration publique, aux personnes physiques et aux personnes morales, quel que soit le type de traitement visé<sup>7</sup>.
- 9 L'art. 3 litt. a LPD précise qu'il faut entendre par données personnelles (données) "*toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable*". Des règles particulières s'appliquent aux données sensibles et aux profils de la personnalité, notions également définies par la loi<sup>8</sup>. La notion de traitement est large puisqu'elle inclut "*toute opération relative à des*

---

<sup>2</sup> Art. 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 ("LB", RS 952.0).

<sup>3</sup> Art. 320 à 321<sup>bis</sup> du Code pénal du 21 décembre 1937 ("CP", RS 311.0). Voir JÉRÔME BÉNÉDICT, Internet et le respect du secret professionnel de l'avocat, p. 267 ss; FRIDOLIN M. R. WALTHER, Das Anwaltsgeheimnis im E-mail-Zeitalter – eine Problemskizze, p. 357 ss.

<sup>4</sup> Voir encore récemment un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 février 2000, dans la cause Amann contre Suisse, où il est rappelé que la notion de vie privée ne doit pas être interprétée de façon restrictive et n'exclut pas les activités professionnelles ou commerciales (§65).

<sup>5</sup> Le texte est disponible à l'adresse <http://www.coe.fr/dataprotection/Treaties/Convention%20108%20F.htm>.

<sup>6</sup> Le texte est disponible à l'adresse <http://www.coe.fr/dataprotection/rec/flignes.htm>.

<sup>7</sup> GÉRALD PAGE, Autoroutes de l'information et protection des données, p. 353.

<sup>8</sup> "Art. 3 Définitions

On entend par [...]

c. *données sensibles*, les données personnelles sur:

1. les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales,
2. la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race,
3. des mesures d'aide sociale,
4. des poursuites ou sanctions pénales et administratives;

d. *profil de la personnalité*, un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique".

*données personnelles - quels que soient les moyens et procédés utilisés - notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données"* (art. 3 litt. e LPD).

- 10 L'art. 2 al. 2 LPD réserve pourtant un certain nombre de situations particulières dans lesquelles la loi n'est pas applicable. C'est par exemple le cas pour des procédures judiciaires pendantes (litt. c) ou dans l'hypothèse de "*données personnelles qu'une personne physique traite pour un usage exclusivement personnel et qu'elle ne communique pas à des tiers*" (litt. a). Certains en déduisent – vraisemblablement à tort – l'inapplicabilité de la loi aux messages électroniques (*emails*) purement privés<sup>9</sup>.

## 2. LES PRINCIPES MATÉRIELS DU TRAITEMENT DES DONNÉES DANS LA LPD

- 11 La LPD ne contient aucune interdiction de principe du traitement des données personnelles ; celui-ci doit simplement intervenir de manière licite, en respectant en particulier un certain nombre de principes matériels contenus dans la loi.

### **a) La licéité (art. 4 al. 1<sup>er</sup> LPD)**

- 12 Le principe de la licéité, qui s'attache avant tout à la collecte des données, prohibe de façon générale tout agissement déloyal, affirmations fallacieuses, tromperie, menaces ou dol<sup>10</sup>. Sont également visées les collectes de données dont l'illicéité résulterait d'infractions pénales sur la soustraction de données (art. 143 et art. 179<sup>novies</sup> CP), la violation d'un secret professionnel (art. 321 et 321<sup>bis</sup> CP) ou encore de fabrication (art. 162 CP)<sup>11</sup>.

### **b) La bonne foi (art. 4 al. 2 LPD)**

- 13 On a en particulier déduit du principe fondamental de la bonne foi l'interdiction, en règle générale, d'une collecte de données qui interviendrait contre la volonté, ou au moins à l'insu de la personne concernée<sup>12</sup>. On y rattache également des notions de transparence et de prévisibilité du traitement des données personnelles. Dans le domaine des nouvelles technologies et sans aller jusqu'à imposer, comme en droit européen, que la personne concernée soit préalablement informée de plusieurs aspects du traitement, ce principe commanderait toutefois, en conformité avec la recommandation du Conseil de l'Europe n° R(99)5 du 23 février 1999, que toute personne soit informée sur les risques inhérents au système, si le traitement des données intervient sur un réseau peu sûr<sup>13</sup>.

### **c) La proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD)**

- 14 En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données nécessaires à un but déterminé devraient être traitées. Son respect implique une pesée des intérêts entre le résultat recherché et le moyen utilisé<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, p. 247-248. *Contra*: GÉRALD PAGE, Autoroutes de l'information et protection des données, p. 362.

<sup>10</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 90.

<sup>11</sup> GÉRALD PAGE, Fiche juridique suisse n° 1404, p. 10.

<sup>12</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 90.

<sup>13</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 90-91.

<sup>14</sup> LAURENT BAERISWYL / GRÉGOIRE MANGEAT, Protection des données personnelles sur Internet : la situation en Suisse, n° 7.

- 15 Pour un auteur en tout cas, il serait même contraire au principe de la proportionnalité de collecter des données lorsque l'accès au service est gratuit, notamment pour la consultation d'un journal ou d'un site informatif et n'implique pas de dialogue avec l'utilisateur<sup>15</sup>.

**d) La finalité (art. 4 al. 3 LPD)**

- 16 Selon l'art. 4 al. 3 LPD, "*les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances*".
- 17 Le respect de ce principe implique la détermination préalable d'une finalité à la collecte des données et l'obligation d'utiliser ces données uniquement en fonction de cette finalité ou du moins de manière compatible<sup>16</sup>. Par conséquent, une collecte illimitée de données pour des utilisations indéterminées de même que la création de banques de données à usages multiples non définis serait illicite.

**e) L'exactitude des données (art. 5 LPD)**

- 18 Ce principe a pour corollaire le droit de la personne concernée de requérir la rectification des données inexactes. Il implique également l'obligation de mise à jour des fichiers et doit être apprécié de façon relative en cas de jugement de valeur, dont le caractère litigieux pourra le cas échéant être mentionné (voir art. 15 al. 2 LPD).

**f) La communication de données à l'étranger (art. 6 LPD)**

- 19 La communication est définie largement à l'art. 3 litt. f LPD comme "*le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant*". L'art. 6 LPD pose comme principe l'interdiction de la communication des données personnelles à l'étranger "*si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une protection des données équivalente à celle qui est garantie en Suisse*". Ce n'est pourtant pas le cas des pays membres de l'Union européenne, du fait de la l'adoption de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>17</sup>.
- 20 L'art. 6 al. 2 LPD prévoit encore la déclaration préalable obligatoire du fichier en cause s'il est prévu que des données soient transmises à l'étranger dans les cas où la communication ne découle pas d'une obligation légale ou a lieu à l'insu des personnes concernées<sup>18</sup>.

**g) La sécurité (art. 7 LPD)**

- 21 Selon l'art. 7 LPD, "*les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées*". Il s'agit de garantir en particulier la confidentialité du traitement des données, leur disponibilité et leur intégrité. L'adéquation des mesures prises dépendra en particulier des finalités du traitement, de la nature

<sup>15</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 91.

<sup>16</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 91.

<sup>17</sup> Journal officiel n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31 à 50. Il semblerait d'ailleurs qu'en application de l'art. 25 paragraphe 6 de la Directive 95/46/EC, la Commission européenne s'apprête à considérer que le niveau de protection des données en Suisse était adéquat au regard de la Directive (voir l'Avis 5/99 du 7 juin 1999 du Groupe de travail concernant le niveau de protection des données à caractère personnel en Suisse).

<sup>18</sup> KOSMAS TSIRAKTSOPULOS / FRÉDÉRIC SCHOENBETT, La protection des données et Internet, p. 17.



des données traitées et de l'évolution technologique. Les mesures envisageables, détaillées aux art. 8 à 12 OLPD, visent notamment le personnel, le matériel, l'accès au locaux, le logiciel et l'organisation de l'entreprise.

22 A cet égard, l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> OLPD mentionne expressément les réseaux télématiques :

*"La personne privée qui traite des données personnelles ou qui met à disposition un réseau télématique assure la confidentialité, la disponibilité et l'exactitude des données afin de garantir de manière appropriée la protection des données. Elle protège les systèmes notamment contre les risques de:*

- a. destruction accidentelle ou non autorisée;*
- b. perte accidentelle;*
- c. erreurs techniques;*
- d. falsification, vol ou utilisation illicite;*
- e. modification, copie, accès ou autre traitement non autorisés".*

#### **h) Le droit d'accès (art. 8 à 10 LPD)**

23 Les art. 8 à 10 LPD traitent du droit d'accès, qui s'étend à toutes les données concernant le requérant contenues dans un fichier ainsi qu'au but et éventuellement à la base juridique du traitement et des catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données. L'art. 8 al. 6 LPD précise que nul ne peut renoncer par avance à son droit d'accès, même si l'art. 9 LPD prévoit la possibilité de le restreindre, en particulier en cas d'intérêt public prépondérant ou d'intérêt prépondérant d'un tiers ou encore de risque de compromission d'une instruction pénale ou d'une autre procédure d'instruction. L'art. 10 al. 1<sup>er</sup> LPD prévoit en outre une restriction en faveur d'un fichier utilisé exclusivement pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique pour protéger les sources d'information ou un droit de regard sur les projets de publication ainsi que, de manière générale, la libre formation de l'opinion publique. Enfin, l'art. 10 al. 2 LPD ménage le droit aux journalistes de refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire d'en différer l'octroi, lorsqu'un fichier leur sert exclusivement d'instrument de travail personnel<sup>19</sup>.

### **3. LE TRAITEMENT DES DONNÉES PAR DES PERSONNES PRIVÉES (ART. 12 À 15 LPD)**

24 En vertu de l'art. 12 al. 1<sup>er</sup> LPD, *"quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées"*. L'art. 13 al. 1<sup>er</sup> LPD précise en outre qu'*"une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi"*.

25 Souvent, l'illicéité d'une atteinte à un droit de la personnalité dépendra en grande partie des circonstances du cas d'espèce. Pour faciliter l'application de la loi, l'art. 12 al. 2 LPD érige, sous une forme non exhaustive, une fiction d'atteinte illicite, notamment en cas de violation des principes définis aux art. 4 à 7 de la loi, lors d'un traitement des données contre la volonté expresse de la personne concernée ou encore en cas de communication à des tiers de données sensibles ou de profils de la personnalité.

26 Par ailleurs, l'art. 12 al. 3 LPD précise qu'en règle générale, *"il n'y a pas atteinte à la personnalité lorsque la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement"*. On ne pourrait cependant déduire d'une

---

<sup>19</sup> Voir de manière générale GÉRALD PAGE, Autoroutes de l'information et protection des données, p. 386-390.

participation à un forum de discussions ou de l'envoi des tels messages électroniques sur des listes de discussion, sans autres éléments, que ces conditions sont satisfaites. Un consentement explicite de la personne concernée est nécessaire<sup>20</sup>.

- 27 L'art. 13 LPD réserve l'existence de motifs justificatifs, qui rendent licites une atteinte qui aurait pu être illicite. En vertu de l'art. 13 al. 1<sup>er</sup> LPD, ces motifs justificatifs sont le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public ou la loi. Par ailleurs, l'art. 13 al. 2 LPD contient une liste non exhaustive des situations dans lesquelles les intérêts prépondérants de la personne qui traite les données personnelles pourraient être pris en compte<sup>21</sup>. Contrairement à l'art. 12 al. 2 LPD, il ne s'agit toutefois pas d'une fiction et le juge conserve un large pouvoir d'appréciation<sup>22</sup>.
- 28 Le consentement de la personne concernée, comme en droit de la personnalité classique, doit être libre, spécifique, éclairé et précis<sup>23</sup>, ce qui dépendra avant tout de la qualité de l'information préalable qui lui aura été fournie. Il doit évidemment porter sur le traitement qui sera réellement effectué et ne peut être général, illimité ou irrévocable<sup>24</sup>. Le cas échéant, le droit d'accès permettra de le contrôler.
- 29 La loi ne soumet cependant le consentement à aucune forme particulière, pour autant qu'il soit dénué d'ambiguïté. C'est dire en particulier qu'il peut résulter de l'envoi d'une communication électronique spécifique ou de l'adhésion à des conditions générales en ligne, par exemple par l'appui sur une touche<sup>25</sup>.
- 30 Quant aux autres motifs justificatifs, la détermination de l'intérêt privé ou public prépondérant suppose une pesée des intérêts qui prenne en compte la nature des données et la finalité du traitement. Pour la loi, il s'agira le plus souvent d'une réglementation de droit public<sup>26</sup>.
- 31 L'art. 14 LPD autorise le traitement des données par un tiers, qui pourra s'appuyer sur les mêmes motifs justificatifs que son mandant et pour autant que le traitement ne soit pas modifié ou

---

<sup>20</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 92; GÉRALD PAGE, Autoroutes de l'information et protection des données, p. 367.

<sup>21</sup> "Art. 13 Motifs justificatifs

[...]

<sup>2</sup> *Les intérêts prépondérants de la personne qui traite des données personnelles entrent notamment en considération si:*

*a. le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant;*

*b. le traitement s'inscrit dans un rapport de concurrence économique actuel ou futur avec une autre personne, à condition toutefois qu'aucune donnée personnelle traitée ne soit communiquée à des tiers;*

*c. les données personnelles sont traitées dans le but d'évaluer le crédit d'une autre personne, à condition toutefois qu'elles ne soient ni sensibles ni constitutives de profils de la personnalité et qu'elles ne soient communiquées à des tiers que si ceux-ci en ont besoin pour conclure ou exécuter un contrat avec la personne concernée;*

*d. les données personnelles sont traitées de manière professionnelle exclusivement en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique;*

*e. les données personnelles sont traitées à des fins ne se rapportant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique, à condition toutefois que les résultats soient publiés sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées;*

*f. Les données recueillies concernent une personnalité publique, dans la mesure où ces données se réfèrent à son activité publique".*

<sup>22</sup> GÉRALD PAGE, Fiche juridique suisse n° 1405, p. 6.

<sup>23</sup> GÉRALD PAGE, Fiche juridique suisse n° 1405, p. 6.

<sup>24</sup> JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, p. 93.

<sup>25</sup> Pour les aspects contractuels, voir *infra* chapitre 4.

<sup>26</sup> GÉRALD PAGE, Fiche juridique suisse n° 1405, p. 7.

étendu, ce qu'il appartiendra au mandant de vérifier<sup>27</sup>. La délégation de traitement est en outre subordonnée à l'absence d'obligation légale ou contractuelle de garder le secret.

- 32 L'art. 15 LPD aborde les questions procédurales, en se référant principalement aux règles générales de la protection de la personnalité contenues aux art. 28 *et seq.* du Code civil du 10 décembre 1907 ("CC", RS 210), tout en apportant quelques nuances<sup>28</sup>. Il suffit ici de préciser que le demandeur devra apporter la preuve d'une atteinte illicite à sa personnalité, même si sa tâche est facilitée par la fiction de l'art. 12 al. 2 LPD.

#### 4. LE TRAITEMENT DES DONNÉES PAR DES ORGANES FÉDÉRAUX (ART. 16 À 25 LPD)

- 33 Par rapport aux règles énoncées ci-dessus en ce qui concerne le traitement par des personnes privées, applicables également lorsque les organes fédéraux exercent des activités de droit privé (art. 23 LPD), le traitement des données personnelles par des autorités fédérales se caractérise par la nécessité d'une base légale (art. 17 LPD). En cas de traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité, cette base légale sera en principe une loi fédérale<sup>29</sup>. Alternativement, le traitement est autorisé si la personne concernée y a consenti ou a rendu les données en cause accessibles à tout un chacun (art. 17 al. 2 LPD).

- 34 En revanche, la communication, sur demande, du nom, du prénom, de l'adresse et de la date de naissance d'une personne n'est pas soumise à l'exigence d'une base légale, si, parmi d'autres situations envisagées par l'art. 19 LPD :

- "a. *le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale;*
- b. *la personne concernée y a, en l'espèce, consenti ou les circonstances permettent de présumer un tel consentement;*
- c. *la personne concernée a rendu ces données accessibles à tout un chacun ou si*
- d. *le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes; dans la mesure du possible, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer".*

- 35 L'art. 20 LPD confère encore à la personne concernée qui rend vraisemblable un intérêt légitime le droit de s'opposer à la communication de données personnelles.

- 36 De façon générale, les données personnelles devenues inutiles doivent être rendues anonymes ou détruites, à moins d'obligation de conservation au titre de preuve ou par mesure de sûreté ou encore de dépôt aux archives fédérales (art. 21 LPD). Enfin, des conditions plus souples sont instaurées pour des traitements anonymes à des fins de recherche, de planification et de statistiques (art. 22 LPD).

- 37 Les voies de droit usuelles en cessation ou en constatation d'un traitement illicite ainsi que les possibilités de rectification de destruction ou de publication sont ouvertes à "*quiconque a un intérêt légitime*" (art. 25 LPD).

---

<sup>27</sup> GÉRALD PAGE, Fiche juridique suisse n° 1405, p. 12.

<sup>28</sup> Pour un développement complet de ces questions, voir GÉRALD PAGE, Fiche juridique suisse n° 1405, p. 13 ss.

<sup>29</sup> Voir en particulier la loi fédérale sur la création et l'adaptation de bases légales concernant le traitement de données personnelles du 24 mars 2000 (RS 141.0), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2000, qui procède aux adaptations nécessaires pour un certain nombre d'actes législatifs fédéraux.

## 5. LE PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (ART. 26 À 32 LPD)

- 38 Les art. 26 à 32 LPD concernent la nomination, le statut et le rôle du préposé fédéral à la protection des données.
- 39 En vertu de l'art. 27 LPD, qui lui confère par ailleurs un certain pouvoir investigateur, "*le préposé surveille l'application par les organes fédéraux de la présente loi et des autres dispositions fédérales relatives à la protection des données*". En cas de violation, il peut émettre une recommandation qui pourra être transmise à l'organe fédéral concerné. Dans le secteur privé, le préposé a également le pouvoir d'établir les faits d'office et d'édicter des recommandations, qui pourront le cas échéant être portées devant la commission fédérale de la protection des données pour décision (art. 29 LPD).

## 6. SANCTIONS PÉNALES (ART. 34 ET 35 LPD)

- 40 La violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer par les personnes privées sera, sur plainte, punie des arrêts ou de l'amende (art. 34 et 35 LPD).

## 7. SECRET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

- 41 Dans un arrêt du 5 avril 2000, le Tribunal fédéral a considéré que la messagerie électronique était couverte par le secret des télécommunications<sup>30</sup>. Il s'agit donc d'en étudier brièvement les contours.
- 42 En vertu de l'art. 321<sup>ter</sup> CP (violation du secret des postes et des télécommunications),  
*"<sup>1</sup> Celui qui, en sa qualité de fonctionnaire, d'employé ou d'auxiliaire d'une organisation fournissant des services postaux ou de télécommunication, aura transmis à un tiers des renseignements sur les relations postales, le trafic des paiements ou les télécommunications de la clientèle, ouvert un envoi fermé ou cherché à prendre connaissance de son contenu ou encore fourni à un tiers l'occasion de se livrer à un tel acte sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*  
*<sup>2</sup> De même, celui qui aura déterminé par la tromperie une personne astreinte au secret en vertu du 1<sup>er</sup> alinéa à violer ce secret sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*  
*<sup>3</sup> La violation du secret postal ou du secret des télécommunications demeure punissable après que l'emploi ou la charge ont pris fin.*  
*<sup>4</sup> La violation du secret postal ou du secret des télécommunications n'est pas punissable en tant qu'elle est requise pour déterminer l'ayant droit ou pour prévenir la survenance de dommages.*  
*<sup>5</sup> L'article 179<sup>octies</sup> ainsi que les dispositions des législations fédérale et cantonales statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice sont réservés".*
- 43 L'article 179<sup>octies</sup> CP vise les mesures officielles de surveillance ordonnée par un juge "*aux fins de poursuivre ou de prévenir un crime ou un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention*".
- 44 Enfin, l'art. 43 de la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 ("LTC", RS 784.10) contient également une obligation de maintien du secret : "*Il est interdit à toute personne qui a*

<sup>30</sup> ATF 126 I 50 ("Swissonline").

*été ou qui est chargée d'assurer un service de télécommunication de donner à des tiers des renseignements sur les communications des usagers; de même, il lui est interdit de donner à quiconque la possibilité de communiquer de tels renseignements à des tiers".* L'art. 44 LTC, complété par les art. 6 à 11 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur le service de surveillance de la correspondance postale et des télécommunications du 1<sup>er</sup> décembre 1997 (RS 780.11), met en place la procédure et détaille les conditions auxquelles une surveillance peut intervenir. En bref, un service spécial, rattaché au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, est chargé de la coordination (parfois de l'exécution) des mesures de surveillance et de l'acheminement des requêtes de surveillance aux fournisseurs de services de télécommunications, qui ont droit à un dédommagement et ne peuvent en aucun cas agir de leur propre chef.

### CHAPITRE 3. LA RESPONSABILITE POUR LE CONTENU ILLICITE

- 45 **BIBLIOGRAPHIE** : **AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE** du 24 décembre 1999 sur la question de la responsabilité pénale des fournisseurs d'accès à Internet selon les art. 27 et 322<sup>bis</sup> CP (en allemand), Berne 1999; **AVIS DE L'OFFICE DE LA POLICE FÉDÉRALE** d'avril 2000 sur la responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet, Berne 2000; **DENIS BARRELET**, Droit de la communication, Berne 1996; **JÉRÔME BÉNÉDICT**, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, *in*: Responsabilité civile et assurance, étude en l'honneur de Baptiste Rusconi, Lausanne 2000; **RAPPORT DU GROUPE INTERDÉPARTEMENTAL**, Le nouveau média interroge le droit, Berne 1996; **ROBERT G. BRINER**, Die Rechtsstellung des Access Providers, *in*: Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, édité par Reto M. Hilty, Berne 1996, p. 489-529; **URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER**, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 2000, p. 312-333.

#### A. EN GÉNÉRAL

- 46 La problématique de la responsabilité pour contenu illicite se pose dans les mêmes termes en Suisse qu'en Europe. Le régime de responsabilité pénale sera principalement étudié au regard des fournisseurs d'accès (*Internet access providers*) et des fournisseurs d'hébergement (*Internet hosting providers*) (*infra* B)<sup>31</sup>.
- 47 Dans cette étude, on suppose bien entendu le droit suisse applicable. A teneur de l'art. 7 du Code pénal du 21 décembre 1937 ("CP") (principe d'ubiquité), ce sera le cas si l'acte illicite est commis en Suisse ou si ses effets s'y font ressentir. Selon la majorité de la doctrine, les tribunaux helvétiques appliquant le droit pénal suisse seraient dès lors compétents pour juger d'infractions pénales matérielles commises à l'étranger par le biais d'Internet, par exemple en raison du contenu illicite d'un site web accessible depuis la Suisse<sup>32</sup>. A noter toutefois que le Tribunal

<sup>31</sup> Pour les questions de terminologie, voir par exemple JÉRÔME BÉNÉDICT, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, n° 43, spécialement p. 14 à 16.

<sup>32</sup> Voir par exemple DENIS BARRELET, Droit de la communication, p. 330-341 (avec références); plus nuancés: URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, p. 290-311.

fédéral, dans un arrêt du 11 août 1999 ("Lyrics") rendu en matière d'infraction pénale à la loi fédérale sur le droit d'auteur du 2 octobre 1992 ("LDA", RS 231.1), a considéré que le for de la poursuite pénale en Suisse se trouvait au lieu du chargement sur le réseau des données incriminées et non au lieu où se trouvait le serveur<sup>33</sup>.

- 48 Suite à une révision initiée en 1996, de nouvelles dispositions du Code pénal sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1998 pour la punissabilité des médias. Le Message du Conseil fédéral publié à l'appui de cette révision envisageait expressément l'application des textes révisés à Internet<sup>34</sup>.
- 49 Toutefois, à la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral du 10 août 1999<sup>35</sup>, le droit pénal des médias ne s'appliquerait pas à tous les délits relatifs au contenu de publication. En seraient notamment exclus les délits spécifiquement visés par les art. 135 CP (représentation de la violence), 197 CP (pornographie) et 261<sup>bis</sup> CP (discrimination raciale). Dans ces hypothèses, la responsabilité des prestataires de services sur Internet s'établira alors en fonction des règles générales en matière de droit pénal (*infra* C).
- 50 De plus, l'utilisation privée d'Internet, lorsqu'aucune information publique n'est retransmise, n'entraîne pas les mêmes règles de responsabilité. Il s'agit en particulier de la messagerie électronique, protégée par le secret des télécommunications<sup>36</sup>.

## B. LA RESPONSABILITÉ SELON LE NOUVEAU DROIT PÉNAL DES MÉDIAS

---

### 1. LES NOUVELLES DISPOSITIONS

- 51 A la suite de la révision du droit pénal des médias entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1998, les art. 27 et 322<sup>bis</sup> CP ont la teneur suivante :

"Art. 27

*Punissabilité des médias*

<sup>1</sup> *Lorsqu'une infraction aura été commise et consommée sous forme de publication par un média, l'auteur sera seul punissable, sous réserve des dispositions suivantes.*

<sup>2</sup> *Si l'auteur ne peut être découvert ou qu'il ne peut être traduit en Suisse devant un tribunal, le rédacteur responsable est punissable en vertu de l'art. 322<sup>bis</sup>. A défaut de rédacteur, la personne responsable de la publication en cause est punissable en vertu de ce même article.*

<sup>3</sup> *Si la publication a eu lieu à l'insu de l'auteur ou contre sa volonté, le rédacteur ou, à défaut, la personne responsable de la publication, est punissable comme auteur de l'infraction.*

<sup>4</sup> *L'auteur d'un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité n'encourra aucune peine.*

Art. 322<sup>bis</sup>

*Défaut d'opposition à une publication constituant une infraction*

*La personne responsable au sens de l'art. 27, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al., d'une publication constituant une infraction sera punie de l'emprisonnement ou de l'amende si, intentionnellement, elle ne s'est*

---

<sup>33</sup> Affaire 8G.43/1999, 11 août 1999 ("Lyrics"), résumée in Sic! 6/1999, p. 637 ss.

<sup>34</sup> FF 1996 IV 558 (chiffre 211.11).

<sup>35</sup> ATF 125 IV 206.

<sup>36</sup> Voir *supra* chapitre 2.B.7.

*pas opposée à la publication. Si elle a agi par négligence, la peine sera les arrêts ou l'amende".*

- 52 L'application de ces textes aux agissements illicites commis sur Internet ne fait pas de doute, que les réseaux informatiques soient considérés ou non comme un moyen de communication de masse au sens de l'art. 55<sup>bis</sup> de la nouvelle Constitution fédérale et malgré l'application encore incertaine de la réglementation spéciale en matière de radio, de télévision et de télécommunication dans ce domaine<sup>37</sup>.
- 53 En vertu de l'art. 27 CP, est principalement et exclusivement responsable l'auteur d'une publication ayant un contenu illicite<sup>38</sup>. C'est uniquement si l'auteur est inconnu ou qu'il ne peut être jugé en Suisse, ou encore si la publication a eu lieu à son insu ou contre sa volonté que la loi instaure une responsabilité subsidiaire sur la tête du rédacteur ou de la personne responsable de la publication. La notion de rédacteur fait encore référence à l'organisation traditionnelle des médias; lors de la révision de 1998, il est apparu essentiel d'y adjoindre la notion plus large de "*personne responsable de la publication*", qui ne dépend pas d'une industrie spécifique ou d'une organisation interne particulière. Pour être condamné, il faut toutefois que cette personne puisse être jugée en Suisse.
- 54 Il importe de bien comprendre que la logique de la loi est d'instaurer une responsabilité en cascade. C'est uniquement si l'auteur n'est pas disponible que le rédacteur ou la personne responsable de la publication peuvent être recherchés en responsabilité. Ainsi, il y aura toujours un responsable potentiel. Cependant, la responsabilité spécifique d'un tel rédacteur ou d'une telle personne en charge de la publication sera jugée en application de l'art. 322<sup>bis</sup> CP, qui autorise également une condamnation dans le cadre d'une négligence.
- 55 Comment ces différents textes doivent-ils être appliqués au fournisseur d'accès et au fournisseur d'hébergement sur Internet ?

## 2. LA RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR D'ACCÈS

### ***a) Auteur et personne responsable de la publication au sens de l'art. 27 CP***

- 56 Le principe de la responsabilité primaire et exclusive de l'auteur s'applique pleinement sur Internet où son équivalent sera le fournisseur de contenu (*Internet content provider*)<sup>39</sup>. En matière de haine raciale, ce sera par exemple celui qui écrira le texte; pour des images pornographiques, l'auteur sera celui qui les prendra et les arrangera, avant de les mettre à disposition.
- 57 En revanche, le "*rédacteur*" au sens de l'art. 27 al. 2 CP n'a pas son équivalent sur Internet<sup>40</sup>. Dès lors, c'est la "*personne responsable de la publication*" qui sera subsidiairement recherchée si les conditions des art. 27 al. 2 et 322<sup>bis</sup> CP sont remplies. Dans quelle mesure un fournisseur d'accès à Internet pourra-t-il jouer ce rôle ?
- 58 Pour pouvoir envisager une responsabilité au sens de l'art. 27 al. 2 CP, il faut en règle générale que la personne en cause soit en mesure d'exercer une surveillance sur le contenu incriminé et soit capable, le cas échéant, d'intervenir<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffres 2 et 3.3.

<sup>38</sup> DENIS BARRELET, Droit de la communication, n° 1146.

<sup>39</sup> Voir AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 5.3.1.

<sup>40</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 5.3.2.

<sup>41</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 5.3.3.2.

- 59 Dans ces conditions, le fournisseur d'hébergement est certainement le premier visé comme responsable subsidiaire, dans la mesure où son intervention permet la diffusion du contenu incriminé<sup>42</sup>. S'il ne peut être poursuivi en Suisse, il s'agira pourtant de se tourner vers un autre responsable subsidiaire potentiel, conformément à la volonté du législateur.
- 60 En général, un fournisseur d'accès n'entretient aucune relation contractuelle avec l'auteur du contenu incriminé (contrairement au fournisseur d'hébergement). De plus, au vu notamment de la masse du trafic de données, ses possibilités de contrôle sont très restreintes<sup>43</sup>. Dès lors, ce n'est certainement pas lui que le législateur avait en tête en priorité lors de l'adoption de l'art. 27 al. 2 CP.
- 61 Cependant, son rôle de fournisseur d'accès à Internet est un élément incontournable de la chaîne de diffusion du contenu incriminé<sup>44</sup>. Dès lors, sa responsabilité ne peut pas être écartée a priori. Elle sera pourtant appréciée à l'aune de l'art. 322<sup>bis</sup> CP.

**b) La responsabilité selon l'art. 322<sup>bis</sup> CP**

- 62 En application de la règle générale de l'art. 18 al. 2 CP, une condamnation du fournisseur d'accès sur la base des art. 27 al. 2 CP et 322<sup>bis</sup> CP supposerait qu'il ait agi (ou plutôt omis d'agir, puisqu'il s'agit d'un délit de commission par omission) avec conscience et volonté, ou en tous les cas négligence, en n'empêchant pas l'accès au contenu incriminé.
- 63 La conscience doit s'étendre au caractère illicite de l'omission d'agir ainsi qu'au devoir d'empêcher la survenance du résultat dommageable. Une telle conscience ne doit pas être admise à la légère pour un fournisseur d'accès, au vu notamment de la quantité d'information à gérer et des possibilités restreintes de contrôle. Ainsi, seule une conscience ponctuelle est envisageable, par opposition à une connaissance présumée systématique et continue des données transitant par le fournisseur d'accès<sup>45</sup>.
- 64 Si l'on ne peut raisonnablement considérer que l'état de conscience du fournisseur d'accès sur la base de ses propres connaissances est a priori suffisant pour fonder une responsabilité au regard de l'art. 322<sup>bis</sup> CP, qu'en est-il de la connaissance du contenu illicite acquise de tiers, qui en informeraient le fournisseur d'accès ?
- 65 Selon l'Office fédéral de la justice, l'information devrait être concrète et sa source fiable pour que l'on puisse envisager construire une responsabilité en cas d'inaction du fournisseur d'accès une fois celui-ci informé<sup>46</sup>. De fait, il y aurait lieu de considérer que ces conditions ne sont satisfaites, sauf cas exceptionnels, que si l'information provient d'une autorité de poursuite ou de répression pénale (juge d'instruction ou procureur) ou résulte d'un jugement pénal entré en force.
- 66 A l'inverse, des dénonciations privées ou de simples coupures de presse ou rumeurs non établies seraient insuffisantes, en l'absence d'autres éléments, pour qu'on puisse en déduire la connaissance par le fournisseur d'accès du caractère illicite du contenu et, par conséquent, son devoir d'en empêcher la diffusion. Fixer de telles limites claires serait avant tout motivé par le souci d'éviter la censure privée.

---

<sup>42</sup> Voir *infra* 3.

<sup>43</sup> DENIS BARRELET, Droit de la communication, n° 1156.

<sup>44</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 5.3.3.4.

<sup>45</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 6.1.2.

<sup>46</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 6.1.2.



- 67 Outre la conscience d'agir illégalement, le fournisseur d'accès doit encore en avoir l'intention qui, pratiquement, sera difficile à établir. Typiquement, la problématique du dol éventuel ou de la négligence consciente sera certainement soulevée<sup>47</sup>.
- 68 L'art. 322<sup>bis</sup> CP permet également une condamnation pour négligence, définie comme un manquement involontaire au devoir de diligence dû<sup>48</sup>. En l'occurrence, la diligence due s'appréciera en fonction du devoir général d'interdiction de nuire à autrui, soit en l'espèce de tout mettre en oeuvre pour ne pas violer les biens juridiques de tiers par la diffusion d'un contenu illicite<sup>49</sup>.
- 69 Selon l'Office fédéral de la justice, le fournisseur d'accès n'a aucun devoir de surveillance préventif quant au contenu des données dont il assurerait l'accès<sup>50</sup>. Un tel devoir ne naîtrait que s'il dispose d'une information concrète et fiable se rapportant à l'illicéité d'un contenu déterminé.
- 70 Dès lors, la condamnation éventuelle du fournisseur d'accès dépendra de la distinction délicate entre dol éventuel et négligence consciente d'une part et entre risque commercial et négligence tout court d'autre part. Concrètement, le fournisseur d'accès sera en effet fréquemment requis d'exercer des blocages d'accès au contenu incriminé avant qu'un jugement pénal définitif n'entre en force mais certainement après l'intervention d'une autorité de poursuite pénale.
- 71 Enfin, il paraît difficile d'envisager une situation de négligence inconsciente après qu'une autorité pénale a informé le fournisseur d'accès de l'existence d'un contenu illicite. Dans la plupart des cas, il s'agirait alors vraisemblablement d'y chercher une erreur au sens des art. 19 et 20 CP<sup>51</sup>.

### 3. LA RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR D'HÉBERGEMENT

- 72 Les réflexions faites ci-dessus sous chiffre 2 pour le fournisseur d'accès valent *mutatis mutandis* pour le fournisseur d'hébergement, sous réserve des quelques précisions suivantes.
- 73 Dans la mesure où il est en général lié par contrat avec le fournisseur de contenu pour ce qui est de la capacité de stockage mise à disposition sur son serveur, le fournisseur d'hébergement sera considéré comme un responsable secondaire et subsidiaire au sens de l'art. 27 al. 2 CP et non pas comme un auteur<sup>52</sup>.
- 74 Dans ce cadre, une condamnation sur la base de l'art. 322<sup>bis</sup> CP implique également que le fournisseur d'hébergement ait agi (ou omis d'agir) avec conscience et volonté, ou du moins négligence.
- 75 Pour ce qui est de la conscience de l'illicéité, dans la mesure où c'est en général le fournisseur de contenu qui modifie lui-même les données stockées sans l'aide du fournisseur d'hébergement, ce dernier ne pourrait en prendre connaissance qu'à la suite de contrôles régulièrement répétés. Or, de tels contrôles ne peuvent être raisonnablement imposés aux fournisseurs d'hébergement, au vu notamment de la quantité de données en cause, sous réserve bien entendu de situations particulières qui feraient naître des doutes fondés sur l'utilisation licite de la capacité de stockage

<sup>47</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 6.1.3.

<sup>48</sup> Art. 18 al. 3 CP.

<sup>49</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 6.2.2.

<sup>50</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 6.2.3.1. Comme le fait remarquer JÉRÔME BÉNÉDICT, La responsabilité civile des prestataires techniques sur Internet, p. 40-41, exiger un contrôle systématique du contenu serait techniquement délicat et commercialement désastreux, allant jusqu'à compromettre le développement du réseau.

<sup>51</sup> AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, chiffre 6.2.3.1.

<sup>52</sup> AVIS DE L'OFFICE DE LA POLICE FÉDÉRALE, p. 6.

mise à disposition. Dans ce cas, un contrôle du contenu, au moins par sondage, pourrait être imposé au fournisseur d'hébergement<sup>53</sup>.

- 76 La Police fédérale est en outre d'avis que le fournisseur d'hébergement, au contraire du fournisseur d'accès, a le devoir de vérifier des informations détaillées et concrètes quant à la légalité des données hébergées qui lui parviendraient même d'une source autre qu'une autorité de poursuite ou de répression pénales. Ce régime différencié par rapport à celui applicable aux fournisseurs d'accès serait doublement justifié, en raison d'une part d'un volume de données stockées sur le serveur moins important, et d'autre part par le fait que le fournisseur d'hébergement est le suivant dans la chaîne des intermédiaires entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur. De plus, le risque de "censure privée" retenu dans l'hypothèse du fournisseur d'accès serait moins aigu dans les rapports entre les fournisseurs de contenu et d'hébergement, car ce dernier serait libre de mettre son serveur à la disposition de la personne de son choix<sup>54</sup>. Dans certains cas, le fournisseur d'hébergement pourrait même être tenu de procéder à des recherches supplémentaires avec l'aide d'une autorité répressive ou des tiers professionnellement qualifiés.
- 77 En fin de compte, il importe au fournisseur d'hébergement d'évaluer, en tenant compte de ses vues, de son environnement et de l'interprétation des dispositions légales, si un contenu doit être considéré comme non autorisé.

### C. LA RESPONSABILITÉ EN DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

---

- 78 Il n'y a pas lieu ici de faire une distinction entre fournisseurs d'accès et d'hébergement, dans la mesure où l'un et l'autre sont soumis aux règles générales en matière de participation et notamment la complicité, définie par l'art. 25 CP comme l'assistance prêtée intentionnellement pour commettre un crime ou un délit.
- 79 Dans ce cadre, les raisonnements menés par le Tribunal fédéral dans une affaire de téléphone rose jugée en 1995 sont applicables par analogie<sup>55</sup>. Le directeur des PTT y avait été condamné pour complicité de publications obscènes, respectivement pornographie, en fournissant les prestations nécessaires à l'exploitation d'un téléphone rose en sachant qu'il servait à diffuser des enregistrements pornographiques accessibles à des jeunes de moins de 16 ans.
- 80 La complicité implique en outre une connaissance concrète et fiable de l'illicéité du comportement incriminé. C'est dire que les informations provenant de source privée ne pourront mener à une condamnation pour complicité que de manière tout à fait exceptionnelle.
- 81 L'Office fédéral de la police serait pourtant enclin, à en croire son rapport en page 7, à soumettre le fournisseur d'hébergement à un devoir de surveillance plus élevé, analogue à celui prévalant dans le cadre de l'art. 322<sup>bis</sup> CP, analysé ci-dessus. La raison en serait la proximité fonctionnelle et juridique du fournisseur d'hébergement et du fournisseur de contenu ainsi que la quantité plus réduite de données sur son serveur par rapport au volume de données transitant par le fournisseur d'accès. Ces arguments sont discutables.
- 82 Un devoir similaire de surveillance et de contrôle serait également imposé aux serveurs FTP. Il consisterait à enquêter, en utilisant, pour lire les fichiers, des logiciels qui peuvent être considérés

---

<sup>53</sup> AVIS DE L'OFFICE DE LA POLICE FÉDÉRALE, p. 6-7.

<sup>54</sup> AVIS DE L'OFFICE DE LA POLICE FÉDÉRALE, p. 7.

<sup>55</sup> ATF 121 IV 109 ("Téléphone 156"); RAPPORT DU GROUPE INTERDÉPARTEMENTAL, Le nouveau média interroge le droit, partie II.2.b.

comme habituels pour la branche. En revanche, les exploitants de serveurs de discussion Internet (*Internet relay chat servers*), en raison de la rapidité et du volume du transit des données, ne pourraient se voir imputer une connaissance du contenu et, partant, une responsabilité pénale.

#### D. ASPECTS TECHNIQUES D'UN BLOCAGE D'ACCÈS ET APPRÉCIATION DE LEUR PROPORTIONNALITÉ

---

- 83 Même s'il est techniquement envisageable, le blocage de sites complets (nom de domaine ou adresse IP) n'est pas adéquat si, par exemple, le contenu illicite ne représente qu'une partie de l'offre, sans parler de son coût ou des possibilités de contournement. Selon la Police fédérale, une solution devrait être privilégiée au niveau international, qui ferait naître de nouvelles possibilités de blocage technique à la source (par exemple dans le cas de contenus racistes et extrémistes non punissables aux USA ne seraient plus visibles pour les Européens grâce à des dispositions techniques mises en œuvre par les fournisseurs d'hébergement, comme dans l'affaire Yahoo)<sup>56</sup>.
- 84 Par ailleurs, le caractère raisonnable ou non de la mesure de blocage envisagée sera déterminé en partie par l'état de nécessité (art. 34 CP) et la possibilité d'exiger du fournisseur incriminé le sacrifice de son bien s'il décide de ne pas bloquer l'accès. Le comportement raisonnable doit par conséquent être adapté aux circonstances, au sens de la pesée des biens juridiques opposés, qui sera effectuée par le juge.
- 85 Pour ce qui est de l'acceptabilité d'une mesure, il faut aussi tenir compte des possibilités de contournement d'un blocage d'accès. On rappelle cependant que la participation causale à un délit par un fournisseur de services Internet suffit pour invoquer la complicité. Quand bien même la réussite de la mesure ne peut être assurée, une procédure de blocage se justifie en principe.
- 86 En résumé et selon l'Office de la police fédérale<sup>57</sup>, les mesures suivantes doivent être considérées comme raisonnables:
- 87 *"Si un fournisseur d'accès reçoit des autorités répressives des informations détaillées et concrètes sur des contenus qui présentent un caractère pénal, il veille au blocage de l'accès à ces sites, par exemple par le blocage de l'adresse IP si le contenu punissable est stocké sur un site ayant sa propre adresse IP, ainsi que le blocage de l'URL incriminé dans le serveur proxy.*
- 88 *Si un fournisseur d'hébergement dispose d'informations concrètes et détaillées (ne provenant pas exclusivement d'autorités répressives) sur des contenus punissables se trouvant sur un de ses serveurs, il veille à ce que ces contenus ne soient plus accessibles ou soient effacés. Si ces renseignements n'émanent pas d'une autorité répressive, il doit lui-même procéder aux recherches complémentaires nécessaires, au besoin en faisant appel à une autorité de poursuite pénale ou à des tiers professionnellement qualifiés. Le même principe s'applique s'il dispose d'informations obtenues grâce à ses relations contractuelles avec le fournisseur de contenu le faisant douter de la légalité de l'utilisation de la capacité mise à disposition".*
- 89 Les frais découlant des mesures de blocage ou de suppression, qui se justifient en raison de la responsabilité pénale et donc constituent un comportement licite, ne peuvent être dédommagés.

---

<sup>56</sup> AVIS DE L'OFFICE DE LA POLICE FÉDÉRALE, p. 10.

<sup>57</sup> AVIS DE L'OFFICE DE LA POLICE FÉDÉRALE, p. 12.

## CHAPITRE 4. LES ASPECTS CONTRACTUELS

- 90 BIBLIOGRAPHIE : **OLIVIER ARTER, FLORIAN S. JÖRG** et **URS GNOS**, Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, *AJP/PJA* 3/2000, p. 277 ss; **AVIS DE L'OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE**, Signature électronique et droit privé (droit des contrats), *JAAC* 63.46; **FRANÇOIS DESSEMONTET**, La dématérialisation des conventions, *AJP/PJA* 1997, p. 939-946; **BERNARD DUTOIT**, Compétence législative et compétence judiciaire en cas d'actes illicites commis sur Internet en droit international privé suisse, p. 143-171; **SERGE HADJADJ**, La conclusion du contrat de consommation par Internet, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Avril 2000; **MICHEL JACCARD**, La conclusion de contrats par ordinateur – Aspects juridiques de l'Echange de Données Informatisées (EDI), *ASR* 583, Berne 1996; **IDEM**, Commerce électronique et droit d'auteur sur Internet, *RSDA* 2/1998, p. 57-67; **IDEM**, Forme, preuve et signature électronique, *in*: Aspects juridiques du commerce électronique, édité par Christian Bovet et Vincent Jeanneret, Zürich 2000 (à paraître); **ARTHUR MEIER-HAYOZ**, Zum Informationsvermittlungsvertrag, *in*: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, p. 191-204; **BARBARA M. NESTLÉ**, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Konsumentenschutzrecht), *in*: Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte, *ZIK* Band 10, Zürich 2000, p. 249-273; **XAVIER OBERSON**, Le commerce électronique et la TVA - Premières réponses et nouveaux problèmes, *L'expert-comptable suisse* 9/1999, p. 851-860; **FELIX SCHÖBI**, Vertragschluss auf elektronischem Weg : Schweizer Recht heute und morgen, *in*: Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte, *ZIK* Band 10, Zürich 2000, p. 95-108; **ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI**, Vertragsschluss im Internet, *in*: Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte, *ZIK* Band 10, Zürich 2000, p. 39 à 57; **FRANZ WERRO / EVA M. BELSER**, L'exécution du contrat à distance, *in*: La protection des consommateurs acheteurs à distance, *Etudes suisses du droit de la consommation*, Vol. 6, Zurich 1999, p. 213-237; **URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER**, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 2000, p. 135-187.

### A. INTRODUCTION

- 91 Dans l'étude qui suit, nous partons du principe que le droit suisse est applicable sans aborder les questions de droit international privé<sup>58</sup>. Après l'échange des consentements (*infra* B), nous nous intéresserons plus précisément au moment de la formation d'un contrat en ligne (*infra* C) et au droit de rétractation éventuel (*infra* D). Nous passerons ensuite brièvement à la qualification (*infra* E), la validité formelle (*infra* F) et la preuve d'un tel contrat (*infra* G).

<sup>58</sup> Sur les questions de droit international privé, voir par exemple **OLIVIER ARTER, FLORIAN S. JÖRG** et **URS GNOS**, Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, *AJP/PJA* 3/2000, p. 277 ss; **BERNARD DUTOIT**, Compétence législative et compétence judiciaire en cas d'actes illicites commis sur Internet en droit international privé suisse, p. 143-171.

## B. L'ÉCHANGE DE CONSENTEMENTS

---

### 1. EN GÉNÉRAL

- 92 En vertu de l'art. 1<sup>er</sup> du Code des Obligations du 30 mars 1911 ("CO", RS 220), applicable à tous les types de contrats, "*le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette manifestation peut être expresse ou tacite*".
- 93 Ainsi, que le contrat soit conclu de manière traditionnelle ou sur le réseau, il viendra à chef pour autant qu'une offre valable soit suivie d'une acceptation correspondante portant sur tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels de l'accord<sup>59</sup>. En revanche, la nature du support de la manifestation de volonté n'est en principe pas décisive.

### 2. LA MANIFESTATION DE VOLONTÉ ÉLECTRONIQUE

- 94 Certaines applications informatiques peuvent aujourd'hui initier ou réagir automatiquement à des messages ou des sollicitations électroniques (*electronic agents*).
- 95 Historiquement, la question s'est posée de savoir si l'absence d'une quelconque intervention humaine dans le processus de formation et d'acheminement de messages informatiques automatisés censés exprimer une volonté ou un consentement était susceptible d'empêcher que leur contenu ne lie juridiquement la personne au nom de laquelle ils ont été générés<sup>60</sup>. On considère généralement aujourd'hui que le comportement d'une application informatique est toujours le fruit d'une programmation issue, à un moment ou à un autre, de la volonté d'un esprit humain. Ainsi, la véritable volonté électronique n'existe pas et l'imputation des actions d'un système informatique, même entièrement automatisé, à un sujet de droit déterminé est toujours possible<sup>61</sup>.

### 3. L'OFFRE

- 96 Pour être reconnue comme offre liant son auteur, la formulation utilisée doit contenir les éléments objectivement essentiels de la transaction envisagée (objet, quantité, qualité, prix) et faire apparaître l'intention de son auteur de procéder à la transaction dans les termes proposés s'ils sont acceptés.
- 97 Si le contenu de l'offre ou ses conditions sont trop vagues et doivent être complétés, leur acceptation ne suffira en règle générale pas à en faire un contrat juridiquement contraignant, à moins qu'il ne s'agisse de points de désaccords secondaires que le juge pourra compléter, en application de l'art. 2 al. 2 CO. On rappelle par ailleurs qu'une déclaration de volonté incomplète peut entraîner des conséquences juridiques à d'autres niveaux (concurrence déloyale ou atteinte aux droits de la personnalité par exemple).
- 98 Une question particulière doit être résolue si la formulation retenue dans l'offre est ambiguë et ne précise pas si elle doit être interprétée comme une offre ferme ou non, ce que son auteur peut toujours préciser (et serait bien avisé de faire pour des offres accessibles en ligne). En effet, l'art.

---

<sup>59</sup> ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 42.

<sup>60</sup> MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 392-425.

<sup>61</sup> ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 49 (et références).

7 al. 2 CO stipule que "*l'envoi de tarifs, de prix courants, etc., ne constitue pas une offre de contracter*", alors que l'art. 7 al. 3 CO précise que "*le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre*".

- 99 A défaut d'indication spécifique, le choix d'une disposition plutôt que l'autre est délicat si le texte de l'offre est affiché à l'écran d'un site Internet commercial. A lire la loi, il semblerait que le critère de distinction réside dans le fait d'*envoyer* des tarifs pour l'art. 7 al. 2 CO et d'*exposer* des marchandises dans le cas de l'art. 7 al. 3 CO. Cependant, les notions d'envoi ou d'exposition n'ont guère de sens sur le réseau Internet. Dans les deux cas, les marchandises en question sont affichées à l'écran et sont l'expression visuelle de données numériques sauvegardées, en tous les cas de manière temporaire, dans la mémoire de l'ordinateur (ou du téléphone portable !) de celui qui les consulte.
- 100 L'enjeu est important : si la formulation retenue devait être considérée comme une offre, la conclusion du contrat ne dépendrait alors plus que de l'acceptation de l'utilisateur. Dans ce cas de figure, le fournisseur/vendeur perdrait tout contrôle sur la gestion de sa clientèle et des ventes. En particulier, il serait tenu de vendre la marchandise proposée alors même que son propre stock serait épuisé. Par ailleurs, il n'aurait pas l'occasion de vérifier préalablement la solvabilité de son partenaire contractuel. Le vendeur supporte ainsi non seulement le risque commercial d'être lié par des contrats alors que son stock est épuisé mais également le risque financier de livrer des marchandises sans s'être assuré de l'identité ou de la solidité financière de l'acheteur. Du point de vue du prestataire de services sur Internet, il importe de conserver la maîtrise sur le mécanisme de formation du contrat. Ainsi, il devrait lui revenir d'accepter une offre faite par l'acheteur, qu'il pourrait confirmer après avoir vérifié son stock au plan commercial et la solvabilité de son partenaire contractuel au plan financier. Le vendeur ne serait pas lié juridiquement avant l'envoi, par exemple, d'une confirmation de commande.
- 101 La doctrine est divisée sur la question, même si la majorité des auteurs considèrent, avec raison, que l'art. 7 al. 2 CO devrait prévaloir en cas de doute<sup>62</sup>. On aboutit ainsi à une sorte de présomption "*in defavor contracti*" pour la conclusion des contrats en ligne.
- 102 La formulation d'une offre sur le réseau pourrait aussi être considérée comme une promesse publique au sens de l'art. 8 CO, en vertu duquel "*celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi ; à moins qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu*". Ainsi, il s'agit d'être prudent quant à la formulation de son offre, du moins si l'on devait considérer qu'une promesse mentionnée sur un site Internet est faite publiquement, ce qui est probable.

#### 4. L'ACCEPTATION

- 103 Tout comme l'offre, l'acceptation n'est pas définie dans le Code des obligations. Il s'agit en fait chronologiquement de la manifestation de volonté concordante consécutive à l'offre.
- 104 Elle peut intervenir de diverses manières : expresse, implicite ou par acte concludant. Elle doit en tous les cas démontrer l'intention de son auteur d'adhérer à l'offre qui lui a été faite. A nouveau, le

---

<sup>62</sup> ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 43 et références; *contra* : SERGE HADJADJ, La conclusion du contrat de consommation par Internet, p. 15-17.

support n'est pas important, mais elle doit être adressée à l'auteur de l'offre ou à ses représentants autorisés.

- 105 Sur Internet, une acceptation résultera d'une action du destinataire de l'offre, portée à la connaissance de son auteur, qui pourra l'identifier comme étant le résultat de la manifestation de volonté de son partenaire contractuel d'accepter le contenu de l'offre qui lui a été précédemment faite.
- 106 Concrètement, un texte d'acceptation libre peut être inclus dans un message électronique. L'assentiment peut également résulter de l'appui d'un "click" d'une souris ou d'une touche ou séquence de touches sur le clavier<sup>63</sup>.

## 5. QUESTIONS PARTICULIÈRES

### **a) Nature du consentement**

- 107 Vu la rapidité des transmissions sur le réseau, l'interactivité des sites Internet et la facilité par laquelle une acceptation par "click" peut survenir, la probabilité d'un consentement donné par inadvertance est certainement supérieure dans le monde numérique que pour la marche traditionnelle des affaires, surtout dans le cadre de contrats conclus avec des consommateurs.
- 108 Cette spécificité du réseau et les abus qu'elle pourraient entraîner sont pris en compte par le droit suisse à plusieurs égards : respect d'un certain formalisme pour des transactions spécifiques<sup>64</sup> et application, le cas échéant, des dispositions sur l'erreur<sup>65</sup>. Même s'il ne concerne pas vraiment le mécanisme de formation du contrat mais intervient à un stade ultérieur pour se soustraire à une relation juridique par ailleurs valablement conclue, le droit de rétractation (ou de repentir) octroyé aux consommateurs joue aussi un rôle protecteur et correctif par rapport à des consentements donnés par inadvertance<sup>66</sup>.
- 109 La doctrine plaide encore, en se référant en particulier à des décisions judiciaires étrangères, pour un renforcement des devoirs (pré)contractuels d'information préalable de la partie la plus faible au contrat<sup>67</sup>.

### **b) Capacité de contracter**

- 110 La majorité civile en droit suisse est fixée à 18 ans (art. 14 CC). C'est dire que de nombreux mineurs sont susceptibles d'apparaître comme utilisateurs des prestations et services offerts sur un réseau ouvert comme Internet.
- 111 Dans la plupart des situations, on admettra cependant que le consentement donné par un mineur sur le réseau (ainsi que l'indication, le cas échéant, d'un numéro de carte de crédit) découle d'une autorisation générale donnée par les représentants légaux (les parents), en laissant à l'adolescent(e) l'accès à l'ordinateur utilisé.
- 112 De façon générale d'ailleurs, les tribunaux suisses ont déjà considéré que celui qui était négligent au point de laisser l'accès libre à des tiers à un livret d'épargne permettant de se légitimer auprès de la banque devait se laisser imputer les conséquences qui pouvaient découler d'une utilisation

<sup>63</sup> BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 264.

<sup>64</sup> Voir *infra* F.

<sup>65</sup> ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 50-51.

<sup>66</sup> Voir *infra* D.

<sup>67</sup> ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 44 et 53; SERGE HADJADI, La conclusion du contrat de consommation par Internet, p. 10-12.

indue d'un tel livret par ces tiers<sup>68</sup>. Cette jurisprudence est sans doute transposable sur Internet, même si la question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux à notre connaissance.

### C. LE MOMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT

---

- 113 On rappelle que la question du moment auquel un contrat se forme joue en particulier un rôle décisif pour admettre ou refuser une révocation éventuelle ou pour déterminer le laps de temps pendant lequel l'offre lie son auteur<sup>69</sup>.
- 114 En droit suisse, l'art. 3 CO règle la situation où l'offrant assortit sa déclaration de volonté d'un délai précis, même implicite, ce qui constitue évidemment une simplification (recommandable) du mécanisme de conclusion et limite considérablement les incertitudes.
- 115 A défaut d'indication, les art. 4 et 5 CO proposent une réglementation résiduelle. Dans l'hypothèse d'un contrat conclu entre présents, situation à laquelle est assimilée un contrat conclu par téléphone (art. 4 CO), l'acceptation doit intervenir immédiatement. A l'inverse, dans un contrat conclu entre absents (art. 5 CO), "*l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement*", étant précisé qu'il est en droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps (art. 5 al. 2 CO).
- 116 Les critères pour déterminer si l'offre est faite entre présents ou entre absents sont multiples et comprennent notamment le caractère immédiat de la communication. Un contrat serait ainsi conclu entre absents dès qu'il existe un doute quant à la possibilité d'une réponse immédiate<sup>70</sup>. Ceci précisé, ce n'est pas la présence physique des acteurs qui importe, mais leur aptitude à rester en contact direct. Un certain décalage n'empêche pas l'application des règles entre présents, pour autant qu'il corresponde au temps nécessaire à la compréhension de la volonté d'autrui et non au délai dû à la transmission de cette volonté<sup>71</sup>.
- 117 Dès lors, il faut certainement considérer qu'un contrat conclu sur Internet (par le biais de messages électroniques ou par appui sur une touche lors de l'affichage d'une page web) suivra en général la réglementation prévue pour les contrats entre absents, dans la mesure où la transmission même des messages incorporant les manifestations de volonté n'intervient pas nécessairement sans délai, au contraire du téléphone où un dialogue direct reste toujours possible. Cette solution paraît la plus sûre et la doctrine est aujourd'hui unanime à s'y rattacher, tout en réservant des situations particulières<sup>72</sup>.
- 118 En vertu de la théorie de la réception qui s'applique aux contrats entre absents, le contrat est conclu au moment et au lieu où l'acceptation parvient dans la sphère de puissance de l'offrant, c'est-à-dire qu'il peut raisonnablement en prendre connaissance dans des circonstances ordinaires, par exemple lors du dépôt dans une boîte aux lettres<sup>73</sup>. Ainsi, on peut considérer qu'un contrat conclu par messagerie électronique est formé au moment et au lieu de la mise à disposition du message d'acceptation dans une boîte aux lettres électronique qui soit accessible à l'offrant, même

---

<sup>68</sup> ATF 111 II 263; voir aussi MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 413-422.

<sup>69</sup> MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 425-426.

<sup>70</sup> MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 469.

<sup>71</sup> Voir ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 45-46.

<sup>72</sup> Voir MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 471; ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 45-46 (*chat rooms, Voice over the Internet*).

<sup>73</sup> Voir les références citées par MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 472 et ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 46.



si elle est gérée par un tiers, de sorte qu'il n'appartient plus qu'au système informatique de l'offrant de prendre connaissance de l'acceptation<sup>74</sup>.

- 119 Cependant, lorsqu'une offre est contenue dans un message électronique ou un formulaire directement transmis sur le réseau, il faut juger que son destinataire en "prend connaissance" non pas à la réception du message, mais seulement au moment précis où son système informatique commence à le traiter, à savoir à le décrypter et agir en conséquence, si aucune intervention humaine n'est nécessaire. Ce moment ne correspond pas forcément à l'envoi automatique d'un accusé de réception. Dans une transaction entièrement automatisée, le délai de "réflexion" de l'art. 5 al. 1<sup>er</sup> CO correspond donc en fait au délai de traitement de l'information dans un message d'offre. En revanche, la connaissance (effective) par l'offrant d'un retard dans l'acheminement de son message est toute différente, puisqu'elle ne porte pas sur le contenu d'une manifestation de volonté. Dans ce cas, les accusés de réception peuvent jouer un rôle clé.
- 120 L'art. 5 al. 3 CO pose encore une règle particulière, en obligeant le cas échéant l'offrant à aviser son partenaire de la volonté de ne pas être lié par une acceptation expédiée certes à temps mais reçue tardivement. Le retard ne doit toutefois pas découler d'une erreur ou d'une organisation déficiente de l'offrant<sup>75</sup>. Par ailleurs, cette règle ne s'applique pas si le retard est causé par une expédition irrégulière de l'acceptation très légèrement tardive. Un raisonnement fondé sur la bonne foi s'impose alors.
- 121 En vertu de l'art. 9 al. 1 CO, une offre sera réputée non avenue si sa révocation parvient au destinataire avant ou simultanément à l'acceptation. Il en ira de même si la révocation est communiquée au destinataire avant qu'il ait pris connaissance de l'offre, pourtant arrivée précédemment. Enfin, l'art. 10 CO fait remonter les effets du contrat à une époque antérieure à sa conclusion. Il s'agit pourtant ici d'une fiction portant sur les effets du contrat et non sur sa conclusion<sup>76</sup>.

## D. LE DROIT DE RÉTRACTATION

---

- 122 Le droit suisse ne connaît pas de droit général de rétractation ou de repentir<sup>77</sup>.
- 123 Cependant, les art. 40a à 40g CO, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1991, instaurent un "*droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables*"<sup>78</sup> en cas de vente mobilière ou de prestation de service destinés à un usage personnel ou familial de plus de CHF 100 (art. 40a al. 1<sup>er</sup> CO). Le consommateur ne doit pourtant pas avoir lui-même (expressément) demandé les négociations (art. 40c CO). Le champ d'application de ces dispositions est en outre limité par le fait que le consommateur doit avoir été invité à prendre un engagement en particulier "*à son lieu de travail, dans des locaux d'habitation ou dans leurs alentours immédiats*" (art. 40b litt. a CO). Même si le Message du Conseil fédéral à l'appui de l'adoption de ces dispositions envisageait le téléphone comme moyen de contacter le consommateur, il n'est pas certain que le législateur ait voulu étendre l'application de ces dispositions à la consultation de sites Internet, sous réserve de cas flagrants d'envois de messages électroniques non sollicités<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Voir les précisions contenues in MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 478.

<sup>75</sup> MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 475.

<sup>76</sup> ROLF H. WEBER / YVONNE JÖHRI, Vertragsschluss im Internet, p. 47-48.

<sup>77</sup> FRANZ WERRO / EVA M. BELSER, L'exécution du contrat à distance, p. 223.

<sup>78</sup> Texte de la note marginale *ad* art. 40a CO.

<sup>79</sup> Plus nuancés : FRANZ WERRO / EVA M. BELSER, L'exécution du contrat à distance, p. 225.

- 124 Quoi qu'il en soit, les art. 40a ss CO ne paraissent pas applicables sur Internet – y compris dans le cas de messages électroniques non sollicités – pour d'autres raisons: leur application est limitée aux contrats conclus entre présents<sup>80</sup> et les conditions d'exercice du droit de rétractation sont liées à des exigences de forme qui ne peuvent pas être satisfaites sur le réseau. En effet, l'art. 40d CO prévoit que le vendeur fournisse au consommateur un certain nombre d'informations le concernant au plus tard au moment de la conclusion du contrat et *par écrit*, et l'art. 40e CO stipule que le droit de rétractation s'exerce dans un délai de sept jours, également *par écrit*. Or, comme nous le verrons, l'écrit suppose encore aujourd'hui en droit suisse l'apposition d'une signature manuscrite<sup>81</sup>.

## E. LE CONTENU ET LA QUALIFICATION DU CONTRAT

---

### 1. INCORPORATION VALABLE DE CONDITIONS GÉNÉRALES

- 125 La Suisse ne connaît pas de réglementation spécifique sur la question des conditions générales<sup>82</sup>. En principe, le contenu d'un texte préformulé n'est opposable aux parties que dans la mesure où il a été valablement incorporé dans le contrat<sup>83</sup>. Par incorporation, il faut entendre le consentement des parties à ce que leur rapport contractuel soit gouverné par de telles conditions générales<sup>84</sup>. Dès lors, n'est en principe pas décisive la question de savoir si le texte a effectivement été lu ou si chaque partie en a véritablement pris connaissance. Par ailleurs, les clauses insolites ou inhabituelles ne seront pas admises à la légère; la validité de leur incorporation dépendra d'un raisonnement fondé sur la bonne foi<sup>85</sup> et sur l'art. 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale ("LCD", RS 241)<sup>86</sup>.
- 126 Comme exigence minimale, le texte des conditions générales doit être accessible avant la conclusion du contrat. C'est dire qu'il doit être possible d'en télécharger rapidement le contenu, de l'imprimer et de procéder à une copie durable dans sa propre mémoire. Dans ce même esprit, le renvoi à un autre site, par exemple par lien hypertexte, n'est envisageable que s'il est effectif et bref<sup>87</sup>.
- 127 Des exigences plus strictes s'appliqueront en matière de contrats conclus avec des consommateurs<sup>88</sup>. La validité de l'incorporation de conditions générales dépendra également de leur lisibilité et de leur présentation formelle, qui doit être cohérente et logique<sup>89</sup>, ce qui ne manquera pas de poser des problèmes en matière de *mobile e-commerce* (WAP). La longueur – qui ne doit pas être excessive – ne se juge pas au nombre de pages, mais à l'étendue des points

---

<sup>80</sup> SERGE HADJADJ, La conclusion du contrat de consommation par Internet, p. 36.

<sup>81</sup> Voir *infra* F. Voir cependant FELIX SCHÖBI, Vertragschluss auf elektronischem Weg : Schweizer Recht heute und morgen, p. 102-103.

<sup>82</sup> BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 263.

<sup>83</sup> ATF 111 II 78.

<sup>84</sup> ATF 123 III 44.

<sup>85</sup> BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 266.

<sup>86</sup> Pour plus de détails sur l'application de l'art. 8 LCD, voir par exemple BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 267.

<sup>87</sup> BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 268-270.

<sup>88</sup> BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 266.

<sup>89</sup> SERGE HADJADJ, La conclusion du contrat de consommation par Internet, p. 25-28; BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, p. 271.

traités. Cependant, si des précisions nécessaires ne sont pas données, par exemple concernant certains tarifs, alors les charges correspondantes ne sont pas dues.

- 128 Au point de vue chronologique, il est clair que les conditions générales doivent être portées à la connaissance des co-contractants avant la conclusion du contrat. Il demeure que ces conditions pourront bien entendu être incorporées par la suite à la relation contractuelle, en cas de ratification par actes concluants par exemple.

## 2. QUALIFICATION DU CONTRAT

- 129 Si le contrat conclu en ligne a pour objet la livraison d'une marchandise ou la prestation d'un service en dehors du réseau (commerce électronique indirect)<sup>90</sup>, sa qualification juridique ne sera pas modifiée en raison du mode particulier de sa conclusion: il s'agira toujours d'une vente ou d'une donation, d'un prêt, etc.... Si, en revanche, non seulement la conclusion mais également l'exécution du contrat proprement dite intervient en ligne (commerce électronique direct : téléchargement d'un fichier, consultation en ligne de bases de données), la qualification juridique en droit suisse n'est pas aisée.
- 130 Puisqu'une livraison intervient, le droit de la *vente* pourrait trouver à s'appliquer. Cela est d'autant plus vrai si, comme cela risque d'être très souvent le cas, (i) le paiement est unique, (ii) l'exécution du contrat est satisfaite par le téléchargement de l'information (*download*), et (iii) des garanties sont attachées à la livraison (notamment de fonctionnement correct pour un programme d'ordinateur, ou d'éviction si un droit est impliqué). En fait, la doctrine suisse a déjà qualifié le contrat de transmission de données en ligne de vente par acomptes (art. 226a ss CO)<sup>91</sup>. Quant à la jurisprudence, elle n'exclut pas l'application des dispositions sur la garantie d'éviction (art. 192 CO), du moins par analogie, à des contrats portant sur des biens intangibles<sup>92</sup>. Il semblerait donc que le fait que le contrat porte sur des informations, et non sur la livraison physique d'un objet corporel n'empêche pas en droit suisse une qualification de vente d'une chose mobilière (*cf.* art. 184 CO et art. 713 CC). Cependant, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980, en vigueur en Suisse depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995, exclut de son champ d'application les biens non corporels qui ne sont pas incorporés dans un support (ce qui ne vise pas le software en tant que tel)<sup>93</sup>. De plus, le fournisseur d'informations, dans le cas d'Internet, ne cherche souvent pas à transférer la *propriété* des données transmises au premier utilisateur qui en fait la demande, comme dans le cas d'une vente traditionnelle, mais bien au contraire à en réglementer seulement l'*usage* parmi de multiples utilisateurs.
- 131 Même si le contrat de *bail* satisfait à la dernière observation en ce sens qu'il ne transfère que l'usage et non la propriété de l'objet loué, l'application de ces règles dans le cadre des transmissions de données en ligne se heurte à d'autres difficultés. Par exemple, l'état actuel de la technologie informatique contraint le fournisseur d'informations à transférer celles-ci (ou en tous les cas, une partie substantielle) dans la mémoire du système de l'utilisateur, créant par là-même une nouvelle copie à chaque consultation des informations auprès du site serveur<sup>94</sup>. En d'autres termes, contrairement à une retransmission télévisée d'un film qui n'est pas nécessairement

<sup>90</sup> XAVIER OBERSON, Le commerce électronique et la TVA - Premières réponses et nouveaux problèmes;

<sup>91</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ, Zum Informationsvermittlungsvertrag, p. 191-204.

<sup>92</sup> ATF 110 II 239, 242 (la déclaration de nullité d'un brevet n'entraîne pas la nullité de la vente de ce brevet, mais constitue un cas de garantie pour cause d'éviction).

<sup>93</sup> KARL H. NEUMAYER / CATHERINE MING, Commentaire CVIM, CEDIDAC N° 24, Lausanne 1993, n. 3 *ad* art. 1.

<sup>94</sup> Ce qui a également des incidences en matière de propriété intellectuelle, voir *infra* chapitre 5.

recopié par le téléspectateur sur une cassette, un téléchargement informatique entraîne automatiquement et nécessairement le transfert des données digitalisées dans la mémoire de l'ordinateur de l'utilisateur, sans la moindre perte de qualité. Evidemment, le concept de location (même partagée) d'un objet de valeur unique est incompatible avec cette spécificité technique de création d'une nouvelle copie de l'information à chaque transmission. Dès lors, il ne s'agira en général pas d'un contrat de bail.

- 132 Puisque le contrat de fourniture d'informations en ligne semble ne pas pouvoir se fonder entièrement dans aucun des contrats expressément réglés par la loi suisse, il est soumis aux règles résiduelles applicables aux *contrats innommés* (art. 394 ss CO). En fait, il pourrait s'agir d'un contrat de licence, connu dans la pratique et abondamment analysé par la doctrine<sup>95</sup>. Dans la mesure où une licence peut porter sur un droit (d'auteur, par exemple) ou sur une exclusivité de fait (telle qu'une base de données qui, sans nécessairement satisfaire les conditions de protection légale pour le droit d'auteur, représente néanmoins une valeur certaine pour celui qui en détient le contrôle), une telle qualification permet de satisfaire aux exigences posées plus haut de trouver un schéma qui autorise la réglementation du transfert de l'usage d'un objet non corporel<sup>96</sup>.

## F. LA VALIDITÉ FORMELLE DU CONTRAT

---

- 133 De manière générale, le droit privé suisse connaît différents types d'exigences de forme, comme la forme écrite (art. 12-15 CO), l'acte authentique (*cf.* art. 9 CC) et la forme réservée (art. 16 CO). En soumettant certaines transactions à une exigence formelle, le législateur poursuit plusieurs buts, dont le principal est certainement la protection de la partie la plus faible voire de toutes les parties contre leur propre légèreté.
- 134 La *forme authentique* ainsi que *d'autres formes qualifiées* sont exigées pour des catégories de transactions qui ne sont pas fréquentes dans le commerce électronique tel qu'il se développe aujourd'hui. Il s'agit par exemple de transferts immobiliers (art. 216 al. 1<sup>er</sup> CO), de la constitution de droits de superficie (art. 779a CC) ou de gages immobiliers (art. 799 al. 2 CC), ou encore d'actes successoraux (*cf.* par exemple art. 505 al. 1<sup>er</sup> CO). La *forme réservée* de l'art. 16 CO permet aux parties de convenir elles-mêmes de la forme qu'elles entendent donner aux actes qui les lieraient. Elles pourraient par exemple stipuler que seule une communication par messagerie électronique entre parties serait susceptible de les engager<sup>97</sup>. Dans la mesure toutefois où la forme réservée ne peut déployer d'effets que pour des contrats pour lesquels la loi n'exige aucune forme spécifique, elle ne représente pas un obstacle au développement du commerce électronique.
- 135 Pour ce qui est de la *forme écrite* sans autre précision, il y a lieu de se rapporter aux art. 12 à 15 CO, dont la portée s'étend à l'ensemble des actes juridiques<sup>98</sup>. On constate alors que l'écrit n'y est pas défini, que la signature de toutes les parties obligées est requise (art. 13 al. 1<sup>er</sup> CO) et qu'elle doit en général être apposée à la main (art. 14 al. 1<sup>er</sup> CO). Certes, l'art. 13 al. 2 CO précise en particulier qu'un télégramme peut en certaines circonstances satisfaire à la forme écrite tandis que l'art. 14 al. 2 CO ménage la possibilité de signer en recourant à un moyen mécanique dans les affaires où un tel procédé serait admis par l'usage. Cependant, le Tribunal fédéral a jusqu'à

---

<sup>95</sup> Voir par exemple PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne 1992, p. 714-729 ; WALTHER R. SCHLUEP / MARC AMSTUTZ, *Einleitung vor Art. 184 ff.*, Bâle 1996, n. 292-319.

<sup>96</sup> Voir de manière générale, MICHEL JACCARD, *Commerce électronique et droit d'auteur sur Internet*, p. 57-67.

<sup>97</sup> OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Signature électronique et droit privé (droit des contrats)*, p. 455.

<sup>98</sup> MICHEL JACCARD, *La conclusion de contrats par ordinateur*, p. 246 et références.

présent toujours refusé d'assimiler le télex<sup>99</sup> ou le fax<sup>100</sup> à la forme écrite, en s'appuyant à vrai dire sur des arguments plus sécuritaires que purement juridiques<sup>101</sup>. Il reste qu'à défaut de changer cette jurisprudence ou de modifier le Code des obligations lui-même<sup>102</sup>, aucun acte juridique de droit privé que la loi soumet à la forme écrite ne peut être valablement conclu pour l'instant par le biais de signatures électroniques, sous réserve bien entendu d'exceptions ponctuelles<sup>103</sup>.

- <sup>136</sup> Cette limitation est à la fois essentielle, puisqu'en règle générale la sanction du non respect de la forme exigée est la nullité de l'acte (*cf.* art. 11 al. 2 CO) et secondaire, dans la mesure où le droit suisse consacre de façon tout à fait générale le principe de la liberté des formes (*cf.* art. 11 al. 1<sup>er</sup> CO). Ainsi, l'échange de manifestations de volontés réciproques et concordantes qui fonde un contrat peut en principe intervenir valablement sans être couché sur une feuille de papier ni revêtir la signature manuscrite des parties qui s'obligent. Il en va en particulier ainsi pour les principales transactions qui se déroulent aujourd'hui sur les réseaux informatiques, à savoir les ventes d'objets mobiliers (art. 184 ss CO), l'octroi de licences d'utilisation<sup>104</sup> ou d'autres prestations de services en ligne<sup>105</sup>, même s'il n'est parfois pas évident de déterminer si la loi soumet un acte à une forme spécifique<sup>106</sup>.

## G. LA PREUVE DU CONTRAT

---

### 1. EN GÉNÉRAL

- <sup>137</sup> Si, dans le domaine commercial tout au moins (échange de biens et d'informations), les exigences de forme posées par la loi ne semblent pas outre mesure problématiques pour l'efficacité juridique du commerce électronique en Suisse dans la mesure où elles ne touchent pas

---

<sup>99</sup> ATF 112 II 326.

<sup>100</sup> ATF 121 II 252.

<sup>101</sup> Pour un commentaire critique de cette jurisprudence, voir par exemple MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 248-258 et références.

<sup>102</sup> Une loi fédérale sur la signature électronique est d'ailleurs annoncée, dont l'avant-projet devrait être disponible avant la fin de l'année 2000. Sur la question de la signature électronique, voir *infra* G.2.

<sup>103</sup> Voir par exemple, dans le domaine de la procédure, l'art. 13 de la loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (RS 142.31) qui autorise la notification de décisions par télécopie dans un domaine où le délai de recours est réduit à un jour ainsi que l'art. 19 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1) qui permet le dépôt d'une demande de soumission par télégramme, télex ou télécopie. Par ailleurs, l'Office fédéral de la justice prépare actuellement un message concernant les communications électroniques avec les autorités en matière procédurale.

<sup>104</sup> En dernier lieu, Sic ! 1999, p. 657.

<sup>105</sup> Sur la question de la qualification des transactions conduites en ligne et des problèmes de distinction entre marchandises et services, notamment au plan fiscal, voir par exemple XAVIER OBERSON, Le commerce électronique et la TVA - Premières réponses et nouveaux problèmes, p. 852-855 et MICHEL JACCARD, Commerce électronique et droit d'auteur sur Internet, p. 60-61.

<sup>106</sup> Il en va par exemple ainsi du traitement de données personnelles transmises à une agence de placement soumise à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11): si la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1) ne précise pas la forme que doit revêtir le consentement de la personne concernée au traitement des données personnelles, ce qui permet donc de penser qu'il peut être valablement obtenu par messagerie électronique, l'Ordonnance d'application de la loi sur le service de l'emploi (RS 823.111) exige qu'il soit donné par écrit (*cf.* art. 19 et 47 de l'Ordonnance). Par ailleurs, d'autres dispositions du CO impliquent nécessairement l'existence d'un écrit, même sans formulation explicite. On peut par exemple citer l'art. 88 CO, qui permet au débiteur d'obtenir de son créancier une quittance de son paiement.

la grande majorité des contrats qui pourraient s'y former, qu'en est-il de la preuve de telles transactions ?

- 138 En raison du fédéralisme helvétique, la procédure demeure en général de la compétence des cantons (art. 122 al. 2 nCstf). Cependant, le principe de la libre appréciation des preuves prévaut partout en Suisse<sup>107</sup>. C'est dire en particulier qu'aucune preuve ne peut être refusée au seul motif qu'elle résulte d'un enregistrement électronique ou qu'elle est présentée sous forme informatique<sup>108</sup>. Cela ne signifie pourtant pas que le support papier ne puisse pas procurer un avantage de fait à celui qui se prévaut de son contenu, soit en raison d'un renversement du fardeau de la preuve<sup>109</sup>, soit que le tribunal soit plus enclin, pour des raisons de tradition ou de mentalité, à se fier à un texte couché sur papier plutôt qu'à un fichier informatique imprimé. En fait, le régime juridique des preuves offre certainement des solutions satisfaisantes par un recours bien orchestré aux différents modes de preuve possibles, ce qui entraîne inévitablement une augmentation sensible des coûts. Ainsi, il faut peut-être prévoir que les documents eux-mêmes, produits comme titres, soient entourés de témoignages voire d'expertises pour ce qui est de leur réception, de leur transmission et de leur archivage.
- 139 En fin de compte, la majorité des transactions commerciales peuvent se nouer et s'exécuter en ligne, la problématique se déplaçant sur le terrain de la fiabilité de la technique d'authentification utilisée qui sera susceptible de convaincre ou non un tribunal de la véracité des allégations. Dans cette perspective, l'introduction d'une réglementation sur la signature électronique en Suisse revêt une importance particulière.

## 2. L'ORDONNANCE DU CONSEIL FÉDÉRAL DU 12 AVRIL 2000 SUR LES SERVICES DE CERTIFICATION ÉLECTRONIQUE

- 140 **BIBLIOGRAPHIE :** MICHEL JACCARD, Les relations juridiques et les responsabilités dans une infrastructure à clé publique, *in*: Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte, ZIK Band 10, Zürich 2000, p. 19-37; *IDEM*, Forme, preuve et signature électronique, *in*: Aspects juridiques du commerce électronique, édité par Christian Bovet / Vincent Jeanneret, Zürich 2000 (à paraître); SIMONE R. PESTALLOZZI / MARC D. VEIT, Elektronische Signaturen :

---

<sup>107</sup> Pour plus de précisions, voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Signature électronique et droit privé (droit des contrats), JAAC 63.46, p. 450-451 et MICHEL JACCARD, La conclusion de contrats par ordinateur, p. 340 ss.

<sup>108</sup> Il s'agit d'ailleurs d'un principe généralement admis par l'ensemble des réglementations internationales portant sur le commerce électronique (voir par exemple l'art. 9 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996). Voir également le nouvel art. 957 al. 4 CO (pas encore en vigueur): "Les livres, les pièces comptables et la correspondance conservés par un moyen électronique ou par un autre moyen comparable ont la même valeur probante que ceux qui sont lisibles sans l'aide d'instruments" ainsi que le projet d'art. 42 al. 3 de l'Ordonnance sur la taxe sur la valeur ajoutée: "Les informations et les données conservées sur des supports d'images ou de données par l'Administration fédérale des contributions [selon les al. 1 et 2] ont la même valeur probante que celles qui sont lisibles sans l'aide d'instruments". A noter que le projet d'art. 43 al. 1<sup>er</sup>, qui concerne cette fois les données et les informations transmises à l'autorité et non plus conservées par elle consacre la même équivalence, mais à des conditions plus strictes:

"Les pièces justificatives transmises ou conservées électroniquement qui sont pertinentes pour la déduction de l'impôt préalable, le prélèvement ou la perception de l'impôt ont la même valeur probante que celles qui sont lisibles sans l'aide d'instruments, pour autant que les conditions suivantes soient remplies:

a. preuve de l'origine;  
 b. preuve de l'intégrité;  
 c. non-contestation de l'envoi et de la réception".

<sup>109</sup> Cf. par exemple l'art. 260a al. 1<sup>er</sup> CO, où le fardeau de la preuve du consentement du bailleur est renversé si le locataire ne peut se prévaloir d'un texte écrit.

schweizerische Regulierungsansätze im europäischen Umfeld, AJP/PJA 5/2000, p. 599-606; **MATTHIAS RAMSAUER**, Die Regelung der Public Key Infrastruktur in der Schweiz, *in*: Geschäftsplattform Internet – Rechtliche und praktische Aspekte, ZIK Band 10, Zürich 2000, p. 59-85.

- 141 Dans l'exposé de sa "stratégie pour une société de l'information en Suisse" en février 1998<sup>110</sup>, le Conseil fédéral a chargé certains de ses départements de l'élaboration des règles nécessaires à la mise en place d'une infrastructure à clé publique. Le 3 juin 1999, l'Office fédéral de la Communication (OFCOM) soumettait aux milieux intéressés un projet d'Ordonnance sur l'infrastructure à clé publique suisse (P-OICP)<sup>111</sup>. Les résultats de la consultation ont été publiés, sous forme résumée, en automne 1999<sup>112</sup> et le texte définitif de l'Ordonnance, rebaptisée "Ordonnance sur les services de certification électronique" (OSCert, RS 784.103) a été adopté le 12 avril 2000 et sa mise en vigueur fixée au 1<sup>er</sup> mai 2000 (art. 21 al. 1<sup>er</sup> OSCert)<sup>113</sup>. Des dispositions d'exécution doivent encore être édictées dans les mois qui suivent l'entrée en vigueur (art. 20 OSCert).
- 142 Le choix d'un instrument réglementaire plutôt que législatif était avant tout dicté par l'urgence à fixer le cadre d'une infrastructure à clé publique en Suisse au plan technique, sans préjuger de l'adoption ultérieure d'une loi fédérale, déjà en discussion, qui traiterai précisément de la valeur juridique de la signature électronique et modifierait certaines dispositions du droit privé. A cet égard, l'Ordonnance revêtirait même le caractère d'une réglementation expérimentale (art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> OSCert). La durée de l'Ordonnance est donc limitée d'emblée (au 31 décembre 2009, cf. art. 21 al. 2 OSCert), certains milieux consultés n'ayant pas manqué en outre de relever l'absence ou la faiblesse de sa base légale<sup>114</sup>, qui se réfère à la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) et à la loi fédérale du 6 octobre 1991 sur les entraves techniques au commerce (LETC, RS 946.51).
- 143 Alors que la directive communautaire sur un cadre commun pour les signatures électroniques<sup>115</sup> règle non seulement le fonctionnement d'une infrastructure à clé publique mais consacre également l'équivalence entre la signature manuscrite et la signature électronique, l'Ordonnance du Conseil fédéral se contente de prévoir les conditions juridiques, techniques et financières auxquelles autorités de certification doivent satisfaire si elles entendent être soumises à l'Ordonnance. Bien que volontaire (art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> OSCert), le régime est cependant incitatif si l'on considère qu'une autorité de certification reconnue jouira certainement d'une légitimité supérieure et du "label de qualité" officiel.
- 144 Sans entrer dans les détails<sup>116</sup>, les conditions posées par l'Ordonnance ont trait en particulier à la qualification du personnel et à la solidité financière qui doit être suffisante pour faire face à l'éventuelle responsabilité qui découlerait d'une certification erronée (art. 4 al. 1<sup>er</sup> OSCert). La

<sup>110</sup> Le document est par exemple accessible à l'adresse [http://www.isps.ch/fre/stored\\_documents/HTML/42.html/](http://www.isps.ch/fre/stored_documents/HTML/42.html/).

<sup>111</sup> Le texte du projet ainsi qu'un rapport explicatif sont disponibles sur le site de l'OFCOM. (<http://www.bakom.ch/>). Voir aussi SIMONE R. PESTALLOZZI / MARC D. VEIT, Elektronische Signaturen: schweizerische Regulierungsansätze im europäischen Umfeld, p. 599-606.

<sup>112</sup> Voir le document publié par l'OFCOM, Résumé des prises de position, disponible sur le site <http://www.bakom.ch/>.

<sup>113</sup> MICHEL JACCARD, *Forme, preuve et signature électronique*; MATTHIAS RAMSAUER, *Die Regelung der Public Key Infrastruktur in der Schweiz*, p. 59 ss.

<sup>114</sup> OFCOM, *Résumé des prises de position*, p. 2.

<sup>115</sup> Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (ci-après Directive 1999/93), JOCE n° L 13/12 du 19 janvier 2000.

<sup>116</sup> Voir MICHEL JACCARD, *Les relations juridiques et les responsabilités dans une infrastructure à clé publique*, p. 21-36 et *le même*, *Forme, preuve et signature électronique*.

responsabilité d'une autorité de certification peut en effet être engagée tant vis-à-vis de son client, au nom duquel elle a établi un faux certificat électronique, que vis-à-vis des destinataires des messages signés numériquement<sup>117</sup>. De façon à renforcer la prévisibilité, l'Ordonnance prévoit que l'autorité de certification sera responsable en cas de certification erronée, à moins de pouvoir démontrer qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 4 al. 1<sup>er</sup> litt. f OSCert). Cette réglementation spécifique du régime de responsabilité est très certainement un des aspects importants de l'Ordonnance et devrait renforcer la confiance des utilisateurs. Dans ce même souci, l'Ordonnance prévoit également la possibilité d'obtenir des autorités de surveillance des fournisseurs des services de certification une attestation de la conformité et de la validité du certificat électronique, à un moment donné, ce qui devrait faciliter la preuve des transactions, notamment dans le cadre de poursuites judiciaires (art. 19 OSCert).

## CHAPITRE 5. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

- <sup>145</sup> BIBLIOGRAPHIE : **DENIS BARRELET**, Droit de la communication, Berne 1998; **DENIS BARRELET / WILLY EGLOFF**, Le nouveau droit d'auteur, Berne 1994; **IVAN CHERPILLOD**, Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information : le contenu des droits et leurs limitations, *in*: Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, édité par Reto M. Hilty, Berne 1996, p. 261-280; **FRANÇOIS DESSEMONTET**, Le droit d'auteur, CEDIDAC n° 39, Lausanne 1999; **MICHEL JACCARD**, Commerce électronique et droit d'auteur sur Internet, RSDA 2/1998, p. 57-67; **RAPPORT DU GROUPE INTERDÉPARTEMENTAL**, Le nouveau média interroge le droit, Berne 1996; **FELIX H. THOMANN**, Internet und Immaterialgüterrecht, RSPI 2/1996, p. 201-219; **NATHALIE TISSOT**, La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information, *in*: Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, édité par Reto M. Hilty, Berne 1996, p. 199-234; **URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER**, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 2000, p. 99-133.

### A. INTRODUCTION

- <sup>146</sup> Dans le présent chapitre, nous nous intéresserons d'abord à la question de la protection du contenu sur le réseau par le droit d'auteur et de la concurrence déloyale (*infra* B), avant d'aborder brièvement la problématique des noms de domaine (*infra* C).

<sup>117</sup> Voir de manière générale MICHEL JACCARD, Les relations juridiques et les responsabilités dans une infrastructure à clé publique, p. 27-36.



## B. LA PROTECTION DU CONTENU

---

### 1. EN GÉNÉRAL

147 Nous avons vu qu'une construction juridique cohérente était possible pour la formation de rapports contractuels contraignants en ligne<sup>118</sup>. Plusieurs problèmes surgissent pourtant quant à l'exécution des prestations contractuelles et lors de la circulation ultérieure de l'information transmise sur le réseau. Si les données ne sont pas protégées par un droit de propriété intellectuelle et que l'utilisateur viole les obligations contractuelles de restriction d'usage, l'analyse des clauses litigieuses se fera au regard du droit des contrats<sup>119</sup>. Si, en revanche, l'utilisateur avec qui un contrat a été conclu en ligne viole des droits de propriété intellectuelle, c'est en Suisse la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 ("LDA", RS 231.1) qui sera invoquée. Dans un cas de figure légèrement différent, le fournisseur d'informations peut être amené à reprocher à un utilisateur avec lequel il n'a pas de relation contractuelle la mise à disposition sur le réseau Internet de données pour lesquelles il estime bénéficier d'un droit exclusif. L'analyse juridique dépend alors de la question de savoir si les données litigieuses sont protégées par le droit d'auteur ou non (*infra* 2). Le cas échéant, une protection par le droit de la concurrence déloyale est également envisageable (*infra* 3).

### 2. LA PROTECTION PAR LE DROIT D'AUTEUR

148 Que l'information transmise constitue du texte, de la musique, une image fixe ou un extrait vidéo, elle sera certainement protégée par le droit d'auteur suisse, qui ne pose comme exigence qu'une création de l'esprit ayant un caractère individuel (art. 2 al. 1<sup>er</sup> LDA). Dans la mesure où les programmes informatiques sont généralement protégés par le droit d'auteur au même titre que les oeuvres littéraires (art. 2 al. 3 LDA), l'analyse juridique est similaire. De même, les bases de données présentant suffisamment d'originalité dans le choix ou la présentation sont protégées au titre de recueils (art. 4 al. 1<sup>er</sup> LDA). En fait, seules des données purement factuelles ou exclues expressément par la loi ne tomberaient pas sous le coup d'une protection par le droit d'auteur<sup>120</sup>.

149 S'agissant d'informations non protégées, l'idée que tout le contenu du réseau est en libre utilisation tant que les ayants droit ont autorisé la mise à disposition initiale sans mention expresse de l'utilisation qui peut en être faite est certainement exagérée, même si elle est répandue. Néanmoins, l'argument peut être valablement invoqué dans des applications précises, comme la messagerie électronique, où la pratique courante est d'appendre le texte initial à toute réponse ou retransmission. Un raisonnement similaire peut être tenu pour le chargement de fichiers (*upload*) sur des serveurs publics. En tous les cas, même si une licence implicite est reconnue, elle n'autoriserait certainement pas l'utilisateur à tirer un quelconque profit économique de la diffusion ultérieure de l'information.

150 Si l'information litigieuse est protégée par le droit d'auteur, il s'agit de déterminer si sa mise à libre disposition sur un réseau ouvert de type Internet sans autorisation préalable constitue une violation d'un droit réservé à l'auteur. Il semble aujourd'hui admis que toute duplication d'un

---

<sup>118</sup> Voir *supra* chapitre 4.

<sup>119</sup> Les conditions de la responsabilité contractuelle pour inexécution sont la faute (présumée), le dommage, l'illicéité et l'existence d'un rapport de causalité adéquate (voir art. 97 CO).

<sup>120</sup> NATHALIE TISSOT, La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information, p. 200.

fichier, même temporaire et limitée à une sauvegarde dans la mémoire vive d'un ordinateur, constitue une reproduction de l'oeuvre soumise à l'autorisation exclusive de l'auteur ou de ses ayants droit, dans la mesure où chaque transmission entraîne la création d'un nouvel exemplaire de l'oeuvre<sup>121</sup>. Ce serait donc le droit exclusif de reproduction, prévu à l'art. 10 al. 2 let. a LDA, qui serait en cause. Certains auteurs distinguent pourtant entre reproductions susceptibles de réutilisation, constitutives d'actes d'exploitation soumis au droit exclusif de l'auteur, et reproductions non susceptibles de réutilisation, au nombre desquelles figureraient la simple consultation à l'écran (*browsing*) et la copie d'une oeuvre en libre accès<sup>122</sup>. Si l'idée est séduisante, faire dépendre la protection d'une information transmise en ligne de la possibilité ultérieure du destinataire d'en faire à nouveau usage soulèverait à notre avis des difficultés pratiques non négligeables, dans la mesure où une réutilisation des informations est techniquement possible aussitôt et aussi longtemps qu'elles sont en mémoire. En outre, classer l'acte de consultation à l'écran parmi les reproductions temporaires non soumises au droit exclusif de l'auteur, et donc lui refuser tout impact économique, ne nous paraît pas non plus adéquat. Il est des types d'oeuvres pour lesquelles la consultation à l'écran constitue à la fois le seul acte d'exploitation, l'entier de la prestation à fournir et l'unique source de profits (que l'on songe par exemple à l'affichage à l'écran d'informations boursières classifiées). Dans ces situations, l'ayant droit est tout aussi sûrement privé de la rémunération due que si une nouvelle copie durable avait été créée, et la lecture des informations à l'écran n'est pas qu'un "mode d'accès" ou une simple "perception" de l'oeuvre, par opposition avec un véritable acte d'exploitation<sup>123</sup>. De plus, il est à notre avis exagéré de considérer que la consultation à l'écran est techniquement distincte de la sauvegarde des informations dans une autre mémoire. Somme toute, il est extrêmement facile pour un utilisateur de rediriger les informations censées être affichées à l'écran sur un autre périphérique, comme une imprimante, ou dans une mémoire de masse<sup>124</sup>.

- 151 Cela ne signifie pas pour autant que toute reproduction intervenant sur un réseau ouvert de type Internet est obligatoirement soumise à l'autorisation préalable de l'auteur. La doctrine relève les risques manifestes d'abus qui pourraient découler d'une telle approche en l'absence de garde-fous<sup>125</sup>. A cet égard, il est rassurant qu'une position tranchée, même techniquement correcte, n'ait pas été reprise telle quelle dans le texte du traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur adopté à Genève le 20 décembre 1996, même si une déclaration commune s'en fait l'écho<sup>126</sup>. Par ailleurs, il est certain que le critère déterminant tourne autour de la notion d'acte d'exploitation et de son impact, notamment économique, sur l'"exploitation normale" que l'art. 9 de la Convention de Berne et l'art. 13 TRIPS réservent à l'auteur et que la clause générale de l'art. 10 al. 1 LDA vise également.
- 152 Cependant, une distinction entre différents types de reproduction nous semble artificielle pour décider d'une protection au titre du droit d'auteur, si elle est basée sur des critères techniques comme la durée de sauvegarde (éphémère ou durable) ou l'usage différencié qui peut en être fait

<sup>121</sup> Voir déjà FELIX H. THOMANN, *Internet und Immaterialgüterrecht*, p. 213.

<sup>122</sup> IVAN CHERPILLOD, *Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information : le contenu des droits et leurs limitations*, p. 263 ss; DENIS BARRELET, *Droit de la communication*, n° 1759; URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER, *Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet*, p. 113-116.

<sup>123</sup> Voir également FRANÇOIS DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 169-173.

<sup>124</sup> Le développement de la technologie "*stream*" pourrait remettre en cause cette analyse.

<sup>125</sup> IVAN CHERPILLOD, *Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information : le contenu des droits et leurs limitations*, p. 266.

<sup>126</sup> Une révision de la LDA est envisagée dans les prochains mois pour permettre la ratification de ce traité par la Suisse.

une fois les informations transmises (consultation ou réutilisation). A notre avis, l'analyse technique qui conduit à la reconnaissance d'une reproduction à chaque transmission s'impose. En revanche, il est plus que souhaitable de prévoir des cautèles au pouvoir ainsi conféré à l'ayant droit, par le biais d'exceptions au droit exclusif de reproduction ou de licences implicites. Cette approche équilibrée en deux temps (existence d'une reproduction, puis étude des exceptions envisageables) est nécessaire pour inciter les détenteurs d'informations protégées à les diffuser sur le réseau tout en garantissant au public en général un accès raisonnable.

- 153 En plus du droit de reproduction, d'autres droits exclusifs réservés par l'art. 10 al. 2 litt. b (droit de mise en circulation), litt. c (droit de représentation) et litt. d LDA (droit de diffusion) s'appliquent pleinement à la transmission de données en ligne<sup>127</sup>.
- 154 Si l'information est protégée par le droit d'auteur et qu'aucune licence, même implicite, ne peut être déduite, la personne qui met à disposition sur un site Internet de telles informations sans l'autorisation des ayants droit peut-elle bénéficier de l'exception d'utilisation privée reconnue en droit suisse à l'art. 19 LDA ? La réponse est clairement négative sur un réseau ouvert de type Internet, non seulement pour les logiciels, déjà exclus du champ d'application de l'exception par l'art. 19 al. 4 LDA, mais aussi pour les autres types d'oeuvres, puisqu'un site Internet d'accès libre n'est pas un domicile privé, même si aucune action positive n'est entreprise par le responsable du site.
- 155 Si aucune autre possibilité n'est ouverte, un argument pourrait encore être soulevé par le tiers incriminé: en mettant l'oeuvre à disposition du public, et donc en autorisant sa divulgation, l'auteur a épuisé son droit à faire valoir des prétentions liées à ses droits immatériels quant à la circulation ultérieure de l'oeuvre. Si cet argument est certainement valable dans le cadre de transactions impliquant le support sur lequel sont incorporés des droits immatériels, son application au commerce électronique est douteuse puisque la transmission de données en ligne n'entraîne justement pas le transfert successif de la même copie de l'oeuvre, mais la création d'une nouvelle copie, qui doit dès lors être autorisée<sup>128</sup>.

### 3. LA PROTECTION AU TITRE DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

- 156 Si les informations transmises ne sont pas protégées au titre d'un droit de propriété intellectuelle, leur mise à disposition ultérieure sur le réseau par un tiers peut cependant contrevenir à l'art. 5 de la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 ("LCD", RS 241), qui condamne la reprise du travail d'autrui grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant, créant ainsi un avantage commercial injustifié<sup>129</sup>. L'application de cette disposition est prometteuse dans le cadre des autoroutes de l'information, si l'on considère à juste titre que la copie, le scannage ou la numérisation de données compilées par autrui constitue une reprise sans sacrifice correspondant.

---

<sup>127</sup> RAPPORT DU GROUPE INTERDÉPARTEMENTAL, Le nouveau média interroge le droit, partie IV; DENIS BARRELET, Droit de la communication, n° 1761 (consultation d'une base de données en ligne); IVAN CHERPILLOD, Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information : le contenu des droits et leurs limitations, p. 270-272; FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, p. 183 et p. 187-188; DENIS BARRELET / WILLY EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, n. 22 et n. 31 *ad* art. 10 LDA; URSULA WIDMER / KONRAD BÄHLER, Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet, p. 116-119.

<sup>128</sup> MICHEL JACCARD, Commerce électronique et droit d'auteur sur Internet, p. 64.

<sup>129</sup> NATHALIE TISSOT, La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information, p. 224-225.

## C. LES NOMS DE DOMAINE

---

- 157 BIBLIOGRAPHIE : **IVAN CHERPILLOD**, Droit des marques et Internet, sic ! 2/1997, p. 121 à 127; **PHILIPPE GILLIÉRON**, Les noms de domaine : possibilités de protection et de résolution des conflits, sic ! 2/2000, p. 71-83; **GRÉGOIRE MANGEAT / LAURENT BAERISWYL**, Noms de domaine : deux premiers arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, juriscom.net, 22 juin 2000, <http://www.juriscom.net/chronique/2/ch0622.htm>; **DAVID ROSENTHAL**, Entwicklungen im Domainnamen-Recht, sic! 5/2000, p. 421-429; **NATHALIE TISSOT**, Quelles protections pour les dénominations utilisées sur Internet ?, La Semaine judiciaire 1998, p. 741-770; **ROLF H. WEBER**, Schutz von Domänennamen im Internet, RSJ 1996, p. 405-409.
- 158 En droit suisse<sup>130</sup>, plusieurs protections sont envisageables pour les noms de domaine de deuxième niveau (".ch"), dont l'enregistrement dépend de la fondation Switch (*Swiss Academic Research Network*)<sup>131</sup>.

### 1. LE DROIT DES MARQUES

- 159 En vertu de l'art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques ("LPM", RS 232.11), *"la marque est un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises"*.
- 160 Un consensus s'est aujourd'hui dégagé pour considérer qu'un nom de domaine ne joue pas un simple rôle d'identificateur mais remplit également une fonction distinctive<sup>132</sup>.
- 161 Certes, la première décision du Tribunal fédéral suisse sur la question des noms de domaine a laissé ouverte la question de savoir si *"le fait d'ouvrir un site Internet sous une désignation identique à une marque déposée tombe sous le coup des activités que le titulaire du droit à la marque a la possibilité d'interdire en vertu de l'art. 13 al. 2 LPM"*<sup>133</sup>.
- 162 Cependant, la doctrine<sup>134</sup> et des décisions cantonales ultérieures<sup>135</sup> ont confirmé que l'activation d'un nom de domaine, au contraire de son simple enregistrement, constituait une utilisation violant le droit à la marque au sens de l'art. 13 al. 2 LPM. Il reste que, si une utilisation effective du nom de domaine est nécessaire pour acquérir une force distinctive, elle ne consistera pas forcément en un usage sur le réseau. A la suite d'un auteur, on peut en effet envisager l'utilisation du nom de domaine dans le cadre d'une campagne publicitaire qui précéderait l'activation du site lui-même<sup>136</sup>.
- 163 Il a également été jugé que l'utilisation d'une marque étrangère comme nom de domaine sur Internet constituait une violation de la loi sur la protection des marques, au moins dans le cas où

---

<sup>130</sup> Pour les questions de droit international privé, voir par exemple **IVAN CHERPILLOD**, Droit des marques et Internet, p. 124-126.

<sup>131</sup> [www.nic.ch](http://www.nic.ch).

<sup>132</sup> **PHILIPPE GILLIÉRON**, Les noms de domaine : possibilités de protection et de résolution des conflits, p. 73-74 ; **NATHALIE TISSOT**, Quelles protections pour les dénominations utilisées sur Internet ?, p. 745; **IVAN CHERPILLOD**, Droit des marques et Internet, p. 122; **ROLF H. WEBER**, Schutz von Domänennamen im Internet, p. 406-407 ; **GRÉGOIRE MANGEAT / LAURENT BAERISWYL**, Noms de domaine : deux premiers arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, n° 6.

<sup>133</sup> ATF 125 III 91 cons. 3a (Rytz).

<sup>134</sup> **IVAN CHERPILLOD**, Droit des marques et Internet, p. 122.

<sup>135</sup> Voir par exemple la décision "artprotect.ch", considérant 7.1, résumée in sic! 1/2000, p. 24-26.

<sup>136</sup> **PHILIPPE GILLIÉRON**, Les noms de domaine : possibilités de protection et de résolution des conflits, p. 75.

elle servait à la distribution de marchandises ou de services et que le risque de confusion auprès du public connecté à Internet constituait un préjudice imminent et difficilement réparable justifiant le prononcé de mesures provisionnelles<sup>137</sup>.

- 164 Pour juger de la force distinctive du nom de domaine en question, au moins un tribunal suisse a suivi un arrêt allemand en précisant que le suffixe (".ch", ".de", ".fr") ne devait pas être pris en compte<sup>138</sup>.

## 2. LE DROIT DES RAISONS DE COMMERCE

- 165 La protection d'un nom de domaine est aussi envisageable au titre du droit des raisons de commerce. Bien évidemment, il est également possible d'enregistrer un nom de domaine comme raison de commerce, pour autant que toutes les conditions posées aux art. 946 ss CO soient satisfaites<sup>139</sup>.
- 166 La première décision du Tribunal fédéral suisse sur la question des noms de domaine portait d'ailleurs sur un conflit entre le droit des marques et le droit des raisons de commerce<sup>140</sup>. En l'espèce, la société Rytz & Cie SA était titulaire d'une marque "Rytz" auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle. Cependant, le nom de domaine "rytz.ch" était enregistré depuis le 8 janvier 1997 par la société Rytz Industriebau AG, reprenant l'activité développée en raison individuelle par Monsieur Rytz dès 1983. Sous l'angle de la LPM uniquement et en particulier du droit de priorité découlant de l'enregistrement prévu à son art. 6, la société Rytz & Cie SA aurait gain de cause. En revanche, sous l'angle du droit des raisons de commerce, c'est la société Rytz Industriebau AG, la plus ancienne, qui pouvait se prévaloir de la protection conférée par l'art. 956 CO.
- 167 Face à ce conflit, le Tribunal Fédéral a considéré que le législateur n'a pas voulu introduire de règle de prééminence entre la protection conférée par le droit des marques et celle découlant du droit des raisons de commerce. Dès lors, une pesée des intérêts en présence doit intervenir en tous les cas pour déterminer quelle protection privilégier dans la recherche de la solution la plus équitable possible. En l'espèce, le tribunal a estimé que l'utilisation faite par Rytz Industriebau AG du nom de domaine reposait sur des motifs objectifs et légitimes, le nom de domaine correspondant à une raison de commerce bien antérieure au dépôt de la marque. Dès lors, la demanderesse a été déboutée.

## 3. LE DROIT DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

- 168 En l'absence de marque déposée ou de protection conférée par le droit des raisons de commerce, la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale ("LCD", RS 241) peut s'appliquer. Son art. 2 stipule qu'est *"déloyal ou illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne*

<sup>137</sup> Voir l'Ordonnance de mesures provisionnelles du Président du Tribunal supérieur de Bâle-Campagne du 21 juin 1999, sic! 1/2000, p. 26-28 ("hotmail.ch"), considérants 5 et 6, confirmée par le tribunal supérieur le 2 mai 2000 ("hotmail.ch II"), sic! 5/2000, p. 393-395.

<sup>138</sup> Ordonnance de mesures provisionnelles du Président du Tribunal supérieur de Bâle-Campagne du 21 juin 1999, sic! 1/2000, p. 26-28 ("hotmail.ch"), considérant 5.

<sup>139</sup> Pour les conditions légales, qui diffèrent selon les activités commerciales et la forme corporative, voir PHILIPPE GILLIÉRON, Les noms de domaine : possibilités de protection et de résolution des conflits, p. 75.

<sup>140</sup> ATF 125 III 91 ("Rytz").

*foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients". Par ailleurs, l'art. 3 litt. d LCD précise qu'agit de façon déloyale celui qui "prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations et les affaires d'autrui". De fait, plusieurs décisions judiciaires suisses ont déjà appliqué la LCD dans des litiges liés à des noms de domaine. Ainsi, la première Cour Civile du Tribunal Fédéral, dans un arrêt du 2 mai 2000<sup>141</sup> : le nom de domaine litigieux était "www.berneroberland.ch", enregistré par la société Kaformatik AG le 13 mars 1996. En mars 1999, l'association du tourisme de l'Oberland bernois (Berner Oberland Tourismus) a saisi les autorités judiciaires du canton de Berne pour interdire à la société Kaformatik AG l'utilisation du nom de domaine et demander son transfert en sa faveur.*

- 169 Appliquant l'art. 3 litt. d LCD, le Tribunal fédéral a précisé que la notion de risque de confusion devait être appréciée selon la manière dont le public en général perçoit les prestations en cause. En l'occurrence, la dénomination "Berner Oberland" constitue une désignation géographique appartenant au domaine public, qui devrait de ce fait être utilisable librement. En particulier, le principe de l'enregistrement des noms de domaine suivant la règle "premier arrivé, premier servi" ne peut avoir pour conséquence la création d'un monopole de fait sur une désignation géographique appartenant au domaine public. En l'espèce, le Tribunal Fédéral a considéré que la société Kaformatik AG a délibérément créé un risque de confusion pour se procurer un avantage économique. En règle générale, le caractère déloyal d'un comportement devrait être admis lorsque l'enregistrement d'une dénomination géographique n'est motivé par aucun intérêt objectivement digne de protection et que, de ce fait, il ne peut être accompli de façon reconnaissable qu'au préjudice de tiers (considérant 3 d).
- 170 Une seconde décision judiciaire a précisé les conditions dans lesquelles la LCD pouvait être invoquée dans le cadre d'un litige de nom de domaine<sup>142</sup>. En l'espèce, le demandeur avait mandaté la défenderesse pour développer une base de données dans le domaine du vol et de la perte d'objets d'art, ainsi que pour la mise en place d'un site Internet pour l'utilisation de cette base de données. Dans le cadre de l'exécution de ce contrat, la défenderesse a enregistré le nom de domaine "www.artprotect.ch" le 2 juin 1997, alors que le demandeur n'a enregistré la marque suisse "Artprotect" que le 3 octobre 1997. En raison d'un litige subséquent et après que le site a été accessible pendant plusieurs mois, la défenderesse a requis l'autorité d'enregistrement compétente (Switch) de désactiver le nom de domaine en cause, sans pour autant en demander la radiation. L'effet immédiat de cette mesure a été que le site n'était plus accessible par les clients de la demanderesse. Celle-ci a donc saisi les tribunaux pour obtenir, par le biais des mesures provisionnelles, la suppression de cet état de fait, qui, selon elle, lui causait un préjudice commercial. La demanderesse a eu gain de cause, en s'appuyant en particulier sur l'art. 2 LCD. Le jugement a en effet admis que la désactivation d'un nom de domaine ayant pour effet que le site lui-même n'est plus accessible à la clientèle déjà existante et qu'un nouvel enregistrement du nom de domaine était empêché constituait un comportement déloyal au sens de l'art. 2 LCD dans la mesure où la société exploitant les services accessibles sur le site en question était gravement entravée dans son accès au marché.

<sup>141</sup> ATF 126 III 239 (Kaformatik AG contre Association "Berner Oberland Tourismus"), décision également résumée in sic! 5/2000, p. 403-406 et discutée par DAVID ROSENTHAL, *Entwicklungen im Domainnamen-Recht*, p. 421-429.

<sup>142</sup> Ordonnance de la présidente du tribunal du district judiciaire VIII de Bern-Laupen du 15 mars 1999, sic ! 1/2000, p. 24-26 ("artprotect.ch").

- 171 On peut également envisager l'application de la LCD au cas du *meta tag*, ce procédé permettant d'apparaître lors de recherches de marques de tiers effectuées sur Internet, sans qu'aucun risque de confusion ne soit créé puisque les noms de domaine enregistrés sont totalement différents<sup>143</sup>.

#### 4. LE DROIT AU NOM

- 172 Une protection au titre du droit au nom est envisageable en matière de nom de domaine. Il s'agit ici de la protection générale conférée par les articles 28 et 29 du Code Civil. De façon générale, le droit au nom est violé par celui qui reprend sans droit un sigle notoirement connu et qui crée de la sorte à tort l'idée d'une relation (qui n'existe pas) avec son titulaire, lorsque ce dernier est raisonnablement fondé à ne pas tolérer une telle apparence erronée<sup>144</sup>. Une telle protection jouera principalement un rôle en matière d'usage non commercial. Ce sera en particulier le cas pour les associations et fondations qui n'ont pas d'activité commerciale et qui peuvent dès lors être mises au bénéfice de la protection conférée par la LCD.

<h2>CHAPITRE 6. CONCLUSION GENERALE</h2>
--

- 173 Pour ce qui est de la *protection des données personnelles sur Internet*, la réglementation suisse, similaire à bien des égards à celle de la directive communautaire en la matière, offre certainement une protection adéquate, qui s'inscrit également dans la ligne des recommandations récentes du Conseil de l'Europe.
- 174 Cependant, la mise en œuvre concrète des mécanismes de protection prévus par la loi fédérale sur la protection des données dépend essentiellement des utilisateurs du réseau eux-mêmes, dans la mesure où il serait illusoire aujourd'hui d'escompter que l'ensemble des fournisseurs de contenu, de services, d'hébergement et d'accès sur Internet implémentent spontanément des politiques de traitement de données personnelles qui satisfassent à tous les égards aux exigences légales.
- 175 Dans ce cadre, qui nécessite une coordination internationale importante, aucune réglementation spécifique nouvelle n'est prévue en droit suisse; en revanche, le gouvernement helvétique est activement impliqué dans les efforts internationaux, menés notamment au sein du Conseil de l'Europe. Par ailleurs, le Préposé fédéral à la protection des données a déjà édicté un certain nombre de recommandations, tant à l'usage des utilisateurs que des fournisseurs de service sur Internet, prônant la transparence et l'information préalable.
- 176 En ce qui concerne la *responsabilité pour le contenu illicite*, les dispositions du nouveau droit pénal suisse des médias, entré en vigueur en 1998, s'appliquent pleinement à Internet. Le système de responsabilités en cascades qui y est instauré (auteur, à défaut rédacteur ou personne responsable de la publication) permet certainement d'inclure fournisseurs d'accès et d'hébergement dans la liste des coupables potentiels qui peuvent être recherchés.
- 177 Une condamnation effective dépendra toutefois d'une appréciation de la situation au cas par cas, en tenant compte des situations particulières. C'est dire que la question du devoir d'intervention pour empêcher la réalisation d'une infraction pénale, dont la violation serait constitutive d'un délit

<sup>143</sup> Voir PHILIPPE GILLIÉRON, Les noms de domaine : possibilités de protection et de résolution des conflits, p. 77.

<sup>144</sup> Voir les références citées par IVAN CHERPILLOD, Droit des marques et Internet, p. 123.

distinct ou d'un acte de complicité, se résoudra par l'application à des cas concrets des principes généraux de conscience, d'intention et de négligence, difficilement concrétisables.

- 178 Dans un effort louable de renforcer la prévisibilité de l'action pénale, l'Office fédéral de la Justice et l'Office de la Police fédérale ont récemment publié des prises de position dont se dégagent les principes suivants, tout en réservant bien entendu les cas particuliers: le devoir d'un fournisseur d'accès d'empêcher la diffusion d'un contenu illicite ne naît en principe que s'il a été préalablement informé de l'illicéité de ce contenu par une autorité de répression pénale suisse. Le fournisseur d'hébergement serait sujet à une responsabilité plus stricte, un devoir d'intervention pouvant déjà naître sur la base d'informations privées, indépendamment d'une quelconque obligation de vérifier sporadiquement le contenu hébergé. Cette différenciation de traitement, qui n'est pas entièrement convaincante, résulterait en particulier de la relation directe entre le fournisseur d'hébergement et le fournisseur de contenu, qui ne se retrouve pas avec le fournisseur d'accès.
- 179 Il importe toutefois de relever que ces prises de position n'ont pas pu être contestées devant les tribunaux, en l'absence de jurisprudence à l'heure actuelle. En particulier, il s'agirait certainement de déterminer dans quelle mesure le principe de l'état de nécessité et celui du respect de la proportionnalité de toute mesure pénale seraient pris en compte si un fournisseur ne bloque pas entièrement l'accès à un contenu prétendument illicite ou tarde à le faire.
- 180 Pour ce qui est des *aspects contractuels*, la question de l'échange de consentements en ligne ne pose pas de problèmes particuliers en droit suisse, qui imputera sans difficultés les actions ou omissions d'un système informatique à celui qui en a la gestion et appliquera à des contrats conclus en ligne les mécanismes ayant cours pour les contrats conclus entre absents. Surtout, le mécanisme de conclusion du contrat en droit suisse est dispositif, en ce sens que les parties peuvent toujours limiter les incertitudes existantes en précisant elles-mêmes la portée de leur déclaration de volonté. Il convient cependant de relever l'absence de droit de rétractation dans les transactions conclues avec des consommateurs.
- 181 Par ailleurs, la question du respect du formalisme ne se pose que marginalement en droit suisse, qui connaît le principe de la liberté de la forme, sauf quelques exceptions isolées. Pour autant, l'assimilation de la signature électronique à la signature manuscrite revêt une importance certaine, en particulier au plan de la prévisibilité. A cet égard, il est heureux de constater que le gouvernement suisse a l'intention de présenter prochainement un projet de loi sur la signature numérique qui prendrait également en compte, semble-t-il, l'absence de droit de rétractation mentionné plus haut.
- 182 Cette loi fédérale, si elle voit le jour, s'inscrirait dans le prolongement d'un premier texte réglementaire (Ordonnance du Conseil fédéral) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2000 et consacré aux conditions techniques nécessaires à la reconnaissance d'une autorité de certification dans le cadre d'une infrastructure à clé publique, sur le modèle de la directive communautaire du 13 décembre 1999 (à l'exception notable de la reconnaissance juridique de la signature numérique).
- 183 Pour ce qui est de la *propriété intellectuelle*, le contenu des autoroutes de l'information est adéquatement protégé par le droit d'auteur suisse, qui s'étend aux logiciels informatiques, et par le droit de la concurrence déloyale.
- 184 Enfin, la problématique des noms de domaines a déjà fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires, en ligne avec les solutions qui se dégagent au plan international, à savoir le bénéfice de la triple protection du droit à la marque, du droit des raisons de commerce et du droit au nom.