



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de la justice OFJ

Synthèse des résultats de la procédure de consultation

relative au

rapport à l'appui d'avant-projets

**de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire
concernant la responsabilité pénale des prestataires et
les compétences de la Confédération relatives
à la poursuite des infractions commises par le canal
des médias électroniques (cybercriminalité)**

Février 2006

Table des matières

Liste des participants ayant pris part à la procédure de consultation avec leurs abréviations	3
I. Introduction	8
II. Appréciation générale des avant-projets A (responsabilité pénale des prestataires) et B (compétences de la Confédération dans la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques)	9
1. Avant-projet A	9
2. Avant-projet B	10
III. Avis exprimés sur les différentes dispositions de l'avant-projet A	10
1. Adjonction apportée au titre marginal 6 dans le titre deuxième du CP et appréciation de la punissabilité à la lumière du critère du moyen utilisé	10
2. Article 27 AP-CP (Punissabilité sur les réseaux de communications électroniques et dans les médias)	12
2.1 Al. 1 : application des dispositions générale du CP à tous les prestataires ...	12
2.2 Al. 2 : délimitation par rapport au droit des médias	13
2.3 Al. 3 en liaison avec le ch. 1, al. 1 et 2 de l'art. 322 ^{bis} AP-CP : punissabilité des fournisseurs d'hébergement et des exploitants des moteurs de recherche ...	14
2.31 Al. 3 de l'art. 27 AP-CP	14
2.32 Art. 322 ^{bis} , ch. 1, al. 1 AP-CP	15
2.321 La notion de « sûr »	15
2.322 Omission punissable de l'utilisation d'informations illicites	17
2.323 Les notions de « techniquement » et « raisonnablement »	17
2.324 Fixation de la peine	18
2.33 Art. 322 ^{bis} , ch. 1, al. 2 AP-CP	18
2.331 Avertissements adressés par des tiers	18
2.332 Obligation de transmettre l'information	19
2.4 Al. 4 : impunité du fournisseur d'accès et du stockage temporaire	20
3. Art. 27 ^{bis} AP-CP (Punissabilité des médias)	22
4. Art. 322 ^{bis} AP-CP (Défaut d'opposition à une infraction sur les réseaux de communications électroniques et dans les médias)	22
4.1 Ch. 1, al. 1 : omission punissable de l'utilisation d'informations illicites	22
4.2 Al. 2 : obligation de transmettre l'information	23
4.3 Al. 3 : l'acte principal en tant qu'infraction poursuivie sur plainte	23
4.4 Al. 4 : appréciation de l'infraction à la lumière du droit suisse	23
4.5 Al. 5 : suppression de contenus illicites	24
4.51 Place dans la systématique	24
4.52 Suppression d'informations illicites	24
4.53 Juridiction	25
4.6 Ch. 2 : punissabilité des personnes qui n'ont pas empêché une publication constituant une infraction	25
IV. Code pénal militaire (CPM)	25
V. Prescriptions supplémentaires administratives, civiles ou autres	26
VI. Avis exprimés sur l'art. 344 de l'avant-projet B	27
1. Art. 344, al. 1 AP-CP	27
1.1 Première investigations urgentes effectuées par le Ministère public de la Confédération et la Police judiciaire fédérale	27
1.2 Détermination des compétences de la Confédération à la lumière du critère du moyen utilisé	29
1.3 Possibilité d'améliorer l'efficacité des poursuites pénales	29
2. Art. 344, al. 2 AP-CP	30
3. Autres suggestions et remarques	31

Liste des participants ayant pris part à la procédure de consultation avec leurs abréviations

TRIBUNAUX - GERICHTE

Schweizerisches Bundesgericht Tribunal fédéral	BGer/TF
Eidgenössisches Versicherungsgericht Tribunal fédéral des assurances	EVG/TFA
Bundesstrafgericht Tribunal pénal fédéral	BstGer/TPF

CANTONS - KANTONE

Conseil-exécutif du canton de Zurich	ZH
Conseil-exécutif du canton de Berne	BE
Conseil-exécutif du canton de Lucerne	LU
Conseil-exécutif du canton d'Uri	UR
Conseil-exécutif du canton de Schwyz	SZ
Conseil-exécutif du canton d'Obwald	OW
Conseil-exécutif du canton de Nidwald	NW
Conseil-exécutif du canton de Glarus	GL
Conseil-exécutif du canton de Zoug	ZG
Conseil d'Etat du canton de Fribourg	FR
Conseil-exécutif du canton de Soleure	SO
Conseil-exécutif du canton de Bâle-Ville	BS
Conseil-exécutif du canton de Bâle-Campagne	BL
Conseil-exécutif du canton de Schaffhouse	SH
Conseil-exécutif du canton d'Appenzell Rhodes extérieures	AR
Commission des Etats du canton d'Appenzell Rhodes intérieures	AI
Conseil-exécutif du canton de St-Gall	SG

Conseil-exécutif du canton des Grisons	GR
Conseil-exécutif du canton d'Argovie	AG
Conseil-exécutif du canton de Thurgovie	TG
Conseil d'Etat du canton du Tessin	TI
Conseil d'Etat du canton de Valais	VS
Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel	NE
Conseil d'Etat du canton de Genève	GE
Gouvernement du canton du Jura	JU

PARTIS POLITIQUES - POLITISCHE PARTEIEN

Sozialdemokratische Partei der Schweiz Parti Socialiste Suisse	SP/PS
Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz Parti Démocrate-Chrétien	PDC/PDC
Schweizerische Volkspartei Union Démocratique du Centre	UDC/UDC
Grüne Partei der Schweiz Parti écologiste suisse	GPS/PES
Liberale Partei der Schweiz Parti libéral suisse	PLS/PLS
Evangelische Volkspartei der Schweiz Parti évangélique	PEV/PEV
Christlich-soziale Partei Parti chrétien-social	CSP/PCS

**ORGANISATIONS INTÉRESSÉES, PARTICULIERS ET PRESTATAIRES -
INTERESSIERTE ORGANISATIONEN, PRIVATPERSONEN UND PROVIDER**

action innocence	acin
Associazione consumatrici della Svizzera italiana	acsi
AudioVision Schweiz	AudioVision
Bund Schweizerischer Frauenorganisationen Alliance de sociétés féminines suisses	allianceF
cablecom GmbH	cablecom
Centre patronal	Cp
COLT Telecom AG	COLT
Commission des magistrats s'occupant de maltraitance / Conférence des Autorités de poursuite pénale de Suisse romande et du Tessin	COMAMAL
Commission informatique et télécommunications / Conférence des Autorités de poursuite pénale de Suisse romande et du Tessin	Comintel
Dachorganisation der kleineren und mittleren Unternehmen KMU Organisation faïtière des petites et moyennes entreprises PME	sgv/usam
Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz Juristes Démocrates de Suisse	JDS/JDS
Die Schweizer Journalistinnen Les journalistes suisses	impresum
eBay Suisse	eBay
EBLCom AG	eblcom
Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse	CFEJ/CFEJ
Fédération des Entreprises romandes	FER
Fédération romande des consommateurs	FRC
GrischaVision AG	GrischaVision
Gruppe Autoren Regisseure Produzenten Groupe Auteurs Réalisateur Producteurs	GARP
Hochschule für Wirtschaft Luzern	HSW

Ifpi Schweiz	ifpi
Information and Communication Technology	ICT
Kaufmännischer Verband Schweiz Société suisse des employés de commerce	kvschweiz/ secsuisse
Koller Daniel	KD
Konferenz der kantonalen Polizei-Kommandanten der Schweiz Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse	CCPCS/CCPCS
Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz Conférence des Autorités de Poursuite Pénale de Suisse	KSBS/CAPS
Konsumentenforum deutsche Schweiz	kf
Limita	Limita
MCI WorldCom AG / MCI Worldcom SA	MCI
Orange Communication SA	Orange
Pestalozzi Lachenal Patry Rechtsanwälte	PLP
ricardo.ch AG	ricardo.ch
Schweizer Bischofskonferenz Conférence des évêques suisses	SBK/CES
Schweizerische Bankiervereinigung Association suisse des banquiers	SwissBanking
Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke Société suisse pour les droits des auteurs d'œuvres musicales	SUISA
Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten Conférence Suisse des Déléguées à l'Egalité entre Femmes et Hommes	CSDE/CSDE
Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft Société Suisse de droit pénal	SSDP/SSDP
Schweizerische Stiftung Pro Juventute	Pro Juventute
Schweizerischer Anwaltsverband Fédération Suisse des Avocats	FSA/FSA
Schweizerischer Arbeitgeberverband Union patronale suisse	SAG/UPS
Schweizerischer Israelitischer Gemeindebund Fédération suisse des communautés israélites	FSCI/FSCI

Schweizerischer Verband der Telekommunikationsbenützer Association suisse des utilisateurs de télécommunications	asut
Schweizerisches Polizei-Institut Institut Suisse de Police	SPI/ISP
SSR SSR idée suisse	SSR/SSR
Stiftung für Konsumentenschutz	SKS
Sunrise	sunrise
Swiss Information and Communications Technology Association	SICTA
swiss interactive media and software association	simsa
Swiss Internet User Group	SIUG
Swisscable - Verband für Kommunikationsnetze Swisscable - Association de réseaux de communication	Swisscable
Swisscom AG	Swisscom
SWISSFILM ASSOCIATION	SWISSFILM
The Swiss Education & Research Network	SWITCH
Université de Genève Universität Genf	UNIGE
Université de Lausanne Universität Lausanne	UNIL
Verband der Informatikerinnen und Informatiker WISS	VIW
Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des entreprises suisses	economiesuisse
Verband Schweizer Presse Presse Suisse	PreS/PreS
Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen Union Suisse des Installateurs Electriciens	USIE/USIE
Verband Schweizerischer Kantonalbanken Union des Banques Cantonales Suisses	UBCS/UBCS
Werft22 AG	Werft22
Zentralverband des Staats- und Gemeindepersonals der Schweiz Fédération centrale du personnel cantonal et communal Suisse	ZV
Zetel SA	Zetel

I. Introduction

Par décision du 10 décembre 2004, le Conseil fédéral a mandaté le Département fédéral de justice et police (DFJP) de mener une procédure de consultation auprès des tribunaux, des cantons, des partis politiques et des organisations intéressées, à propos du rapport à l'appui d'avant-projets¹ de modification du code pénal suisse (CP) et du code pénal militaire (CPM) concernant la responsabilité pénale des prestataires et les compétences de la Confédération relatives à la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques.

Afin de permettre une approche politique différenciée, le Conseil fédéral a envoyé en consultation un rapport contenant deux avant-projets. L'avant-projet A concerne la responsabilité pénale des prestataires, l'avant-projet B les compétences de la Confédération dans la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques. L'avant-projet A reprend les propositions qui avaient été élaborées par la Commission d'experts « Cybercriminalité »² constituée en 2001; l'avant-projet B repose sur les propositions faites par le groupe de travail « Genesis » mis sur pied en 2002 par le DFJP. Les rapports de la Commission d'experts Cybercriminalité et du groupe de travail Genesis³ ont été joints à titre de documentation au rapport mis en consultation. La procédure de consultation a duré jusqu'au 30 avril 2005.

Sur 283 envois, nous avons reçu 99 réponses, dont 13 renoncent expressément à une prise de position matérielle. Les réponses émanaient de :

- 3 Tribunaux fédéraux (dont 2 ne prennent pas position)
- 26 cantons (dont 1 ne prend pas position)
- 7 partis politiques (dont 1 ne prend pas position)
- 63 organisations intéressées (dont 9 ne prennent pas position).

¹<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0014.File.tmp/vn-ber-f.pdf>

²<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0007.File.tmp/ber-netzwerkkrim-f.pdf>

³<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0004.File.tmp/ber-genesis-f.pdf>

II. **Appréciation générale des avant-projets A (responsabilité pénale des prestataires) et B (compétences de la Confédération dans la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques)**

L'intention du Conseil fédéral de s'engager plus intensément, par la présente révision du code pénal et du code pénal militaire, dans la lutte contre les délits commis par le canal des médias électroniques a été approuvée par le Tribunal pénal fédéral, par la plupart des cantons⁴, par tous les partis politiques⁵ et par la grande majorité des organisations intéressées⁶. Presque tous les participants à la consultation ont reconnu la nécessité d'agir au niveau législatif. Certains cantons⁷, partis politiques⁸ et organisations intéressées⁹ ont rappelé avec une certaine insistance la dimension transfrontalière de la cybercriminalité et, partant, l'extrême importance d'une collaboration à l'échelon international.

1. **Avant-projet A**

Le Tribunal pénal fédéral, 21 cantons¹⁰, six partis politiques¹¹ et 50 organisations¹² ont accueilli favorablement l'avant-projet A. Trois cantons¹³ et quatre organisations¹⁴ ne l'ont pas approuvé. Toutefois, sans rejeter le principe d'une responsabilité pénale des prestataires, le canton d'AI est d'avis que la réglementation n'a pas atteint un degré de maturité suffisant.

SIUG pose la question de principe suivante : la présente révision est-elle nécessaire puisque la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)¹⁵ a éliminé, pour les autorités de poursuite pénale, pratiquement tous les obstacles techniques et les obstacles imposés par la protection des données, cela suite à une décision publiée de la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et

⁴ ZH, BE, LU, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, BS, BL, SH, AR, SG, GR, TG, TI, VS, NE, GE.

⁵ PS, PDC, UDC, PLS, PEV, PCS.

⁶ AudioVision, allianceF, cablecom, Cp, COLT, usam, JDS, impressum, eBay, CFEJ, FER, FRC, GARP, HSW, ifpi, ICT, KD, CCPCS, CAPS, kf, Limita, MCI, Orange, PLP, ricardo.ch, SwissBanking, SUISA, CSDE, SSDP, Pro Juventute, FSA, FSCI, asut, SSR, sunrise, SICTA, simsa, Swisscable, Swisscom, SWISSFILM, SWITCH, UNIGE, UNIL, VIW, economiesuisse, PreS, USIE, UBCS, Werft22, Zetel.

⁷ LU, OW, ZG, BS, AR, NE, GE.

⁸ PS, PDC, PLS, PCS.

⁹ COLT, eBay, ifpi, SwissBanking, FSA, economiesuisse, Werft22.

¹⁰ ZH, BE, UR, SZ, SO, SH, TG, VS, BS, AR, SG, NW, BL, TI, OW, GR, LU, GL, NE, ZG, GE.

¹¹ PS, PEV, PCS, PDC, PLS, UDC.

¹² allianceF, FRC, kf, Limita, Zetel, VIW, FSCI, Cp, CCPCS, SSDP, UNIGE, UNIL, CSDE, CAPS, USIE, usam, ricardo.ch, simsa, SUISA, eBai, COLT, SWISSFILM, Pro Juventute, AudioVision, Werft22, SSR, impressum, Swisscable, sunrise, PLP, SICTA, MC, cablecom, SWITCH, Swisscom, PreS, asut, GARP, FER, CFEJ, Orange, fpi, FSA, SwissBanking, UBCS, economiesuisse, HSW, JDS, JCT, KD.

¹³ FR, AG et JU.

¹⁴ acin, Comintel, COMAMAL et SIUG.

¹⁵ RS 780.1

de la communication (DETEC), datée du 27 avril 2004¹⁶. Par ailleurs, un participant¹⁷ estime que, globalement, l'avant-projet met trop l'accent sur les prestataires.

2. Avant-projet B

Dans leur grande majorité, les participants¹⁸ approuvent la proposition d'octroyer à la Confédération, pour la première phase de la procédure, des compétences nouvelles en matière d'investigations si l'on soupçonne qu'une infraction soumise à la compétence juridictionnelle des cantons a été commise par le canal des médias électroniques et si le canton compétent n'est pas encore établi.

Par contre, la proposition d'octroyer à la Confédération la compétence de donner des instructions (art. 344, al. 2 AP-CP) est rejetée par la majorité¹⁹. La plupart des cantons, en particulier, l'estiment inconcevable. En revanche, les partis politiques approuvent ces nouvelles compétences²⁰. Les organisations intéressées les apprécient de diverses manières (cf. ch. VI. 2.).

III. Avis exprimés sur les différentes dispositions de l'avant-projet A

1. Adjonction apportée au titre marginal 6 dans le titre deuxième du CP et appréciation de la punissabilité à la lumière du critère du moyen utilisé

L'adjonction apportée au titre marginal 6 « Punissabilité des médias » dans le titre deuxième du CP par les termes de « sur les réseaux de communications électroniques » est favorablement accueillie par le Tribunal pénal fédéral, par 21 cantons²¹, par tous les partis politiques²² et par la très grande majorité des organisations²³. L'appréciation de la punissabilité à la lumière du critère du moyen utilisé est également approuvée.

¹⁶ La décision de la commission de recours DETEC du 27.4.2004 peut être consultée (en allemand) à l'adresse Internet suivante : http://www.reko-num.admin.ch/de/display_file.php?fname=114010669724120&query=

¹⁷ KD

¹⁸ TPF, BS, UR, ZH, BE, LU, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, BL, SH, AR, AI, SO, GR, AG, TG, TI, VS, NE, GE, JU, PLS, PS, UDC, PCS, PDC, PEV, allianceF, Cp, FER, FRC, ICT, kf, Limita, MCI, asut, CES, usam, simsa, SUISA, VIW, PreS, USIE, Zetel, acin, economiesuisse, CFEJ, FSA, HSW, CCPCS, CAPS, FSA, CSDE, SSDP, impressum, Pro Juventute, FSCI, UNIL, Werft22.

¹⁹ TPF, BS, UR, ZH, BE, LU, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, BL, SH, AR, AI, SO, GR, AG, TG, TI, VS, NE, GE, JU.

²⁰ PLS, PS, UDC, PCS, PDC, PEV.

²¹ ZH, BE, LU, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, BS, BL, SH, AR, SG, GR, TG, TI, VS, NE, GE.

²² PS, PDC, UDC, PLS, PEV, PCS.

²³ AudioVision, allianceF, cablecom, Cp, COLT, usam, JDS, impressum, eBay, CFEJ, FER, FRC, GARP, HSW, ifpi, ICT, KD, CCPCS, CAPS, kf, Limita, MCI, Orange, PLP, ricardo.ch, SwissBanking, SUISA, CSDE, SSDP, Pro Juventute, FSA, FSCI, asut, SSR, sunrise, SICTA, simsa, Swisscable, Swisscom, SWISSFILM, SWITCH, UNIGE, UNIL, VIW, economiesuisse, PreS, USIE, UBCS, Werft22, Zetel.

Pour le canton de LU, le « moyen » est la seule possibilité de placer les prestataires devant leurs responsabilités. Pour les cantons d'OW, ZG, NE et AR, la large portée de la dénomination de « réseaux de communications électroniques » offre certes une certaine mesure de confiance, mais la définition et l'interprétation de la notion devra en définitive être laissée à la pratique des tribunaux. Pour le canton de BS, la notion permet également de prendre en compte, dans le droit, de nouvelles infractions ayant un lien avec la cybercriminalité sans qu'il soit à chaque fois nécessaire de procéder à une modification de la loi. Deux participants à la consultation²⁴ soulignent que la notion neutre du point de vue technologique permet également de mettre en place une solution pénale différenciée pour ce qui est des personnes prenant part à l'exploitation d'un « réseau de communication électronique ».

Pour d'autres participants²⁵ en revanche, le caractère large et assez vague de cette notion est problématique et mérite réflexion car il soulève des questions délicates d'interprétation et de délimitation. Le fait de pas associer la punissabilité à une « publicité » des contenus mène, selon eux, à des résultats inappropriés que le législateur n'a pas voulus. Un réseau local clos n'a pas un caractère public et il n'y a, de ce fait, pas de publication et de diffusion publique des contenus. En outre, le simple rattachement au réseau de communications électroniques ne tient pas compte des différents degrés de gravité des délits commis par le biais d'Internet. Par ailleurs, ces participants estiment que le projet ne dit pas clairement quelle portée aura une définition détaillée du moyen en relation avec la communication individuelle ou le secret des télécommunications. D'après la réglementation proposée, le prestataire serait tenu de procéder à des contrôles des contenus ou de procéder à une dénonciation même dans le cas de la communication individuelle, c'est-à-dire par courrier électronique ou téléphone, par exemple. Ils estiment que cette obligation est incompatible avec le droit fondamental au respect de la vie privée et de sa correspondance et des relations qu'une personne établit par la poste et les télécommunications (art. 13, al. 1 Cst. et art. 8, ch. 1 CEDH).

Un certain nombre de participants²⁶ estiment que la délimitation par rapport au droit pénal des médias pose un certain nombre de problèmes car la frontière entre les professionnels des médias et les utilisateurs d'Internet devient de plus en plus floue. La réglementation figurant à l'art. 27 ss CP est qualifiée de non adéquate. La fourniture d'une infrastructure technique est une action totalement différente de la publication d'un contenu dans les médias. Au cours de la suite des travaux, les aspects touchant à la politique des médias et au droit des médias devront, en tout état de cause, être davantage pris en considération. Aux yeux de ces participants, la responsabilité du fournisseur d'hébergement ne peut être réglementée sur le modèle du droit pénal des médias. Mettre sur un pied d'égalité le prestataire et le rédacteur constitue une erreur fondamentale du fait des profondes différences qui séparent leurs fonctions et responsabilités dans l'entreprise. Pour ces participants, on ne peut en outre absolument pas justifier le fait que le fournisseur d'hébergement puisse être punissable aux côtés du fournisseur de contenus alors que dans le droit pénal des médias, la punissabilité de l'auteur exclut celle du rédacteur.

²⁴ Cp, COLT.

²⁵ JU, FR, Comintel, acin, economiesuisse, Orange, impressum, Swisscom, sunrise, SICTA, USIE.

²⁶ impressum, SIUG, UNIGE, PreS, USIE, Orange.

2. Article 27 AP-CP (Punissabilité sur les réseaux de communications électroniques et dans les médias)

2.1 Al. 1 : application des dispositions générale du CP à tous les prestataires

Le canton de ZH demande que l'art. 27 AP-CP règle aussi l'impunissabilité des prestataires de réseaux et des prestataires de services de *telehousing*²⁷ ; il souligne que seul l'al. 1 parle de « transmission, de préparation ou de mise à disposition » et que tous les autres alinéas se réfèrent uniquement aux prestataires d'accès, d'hébergement et de contenus. SIUG est du même avis et ajoute qu'une délimitation claire s'impose entre les fournisseurs de contenus et les prestataires techniques. L'avant-projet se tait en outre sur les actes criminels proprement dits, commis sur les réseaux²⁸. Les cantons d'AR et de NE estiment pour leur part qu'il existe, parmi les prestataires, de nombreuses formes soit mixtes, soit intermédiaires et que cela posera des problèmes d'attribution à l'une ou l'autre catégorie. Pour le canton des GR, la difficulté de ce projet est de donner une définition du groupe des auteurs d'infractions mettant à disposition des informations d'autrui. Dans ce même contexte, le canton du TI pose la question de savoir qui est punissable en tant que fournisseur d'hébergement dans le cas des SMS et des MMS. Il souligne également que les versions italiennes des art. 27 et 322^{bis} AP-CP sont difficilement compréhensibles.

Le canton de BE approuve certes l'al. 1, mais penche plutôt pour la proposition de la Commission d'experts Cybercriminalité²⁹, qui est plus succincte et complète car elle ne renvoie pas seulement aux règles générales concernant le fait d'être l'auteur d'une infraction et la participation à une infraction, mais à toutes les dispositions de la partie générale du CP.

L'acin ne voit pas ce que l'al. 1 apporte de nouveau et demande qu'il soit supprimé.

AudioVision, SWISSFILM, VIW et GARP attendent de la présente révision qu'elle élimine les zones d'ombre et clarifie la responsabilité dans les très nombreux cas où les biens juridiquement protégés tels les droits d'auteurs sont bafoués systématiquement, par exemple dans les réseaux de partage de fichiers (*file sharing networks*). La loi doit rompre le lien accessoire qui associe étroitement les exploitants de réseaux de partage de fichiers à une infraction principale. Il doit ressortir des travaux préparatoires que la préparation et la mise à disposition d'informations incluent également la violation des droits d'auteur par un accès non autorisé aux informations. Par ailleurs, ces participants à la consultation estiment que le principe

²⁷ Ces prestataires n'ont aucune influence sur les contenus et aucune possibilité de contrôle et de blocage sélectif. Le fournisseur de réseau n'a que la compétence de transmettre des informations ou d'en assurer le passage; le fournisseur de téléhousing n'offre pas de capacité de mémoire pour des contenus étrangers, contrairement au fournisseur d'hébergement, mais seulement l'infrastructure matérielle.

²⁸ Par ex. le *phishing*, qui consiste à inciter l'utilisateur à donner ses codes d'accès sur un « faux » site ou encore le *SMTP harvesting*, qui consiste à vérifier auprès d'un serveur toutes les combinaisons de lettres possibles afin de trouver si une adresse électronique existe ou non (*SMTP = Simple Mail Transfer Protocol, harvesting = récolte*).

²⁹ Rapport de la Commission d'experts « Cybercriminalité », Département fédéral de justice et police, juin 2003, p. 93 s., texte consultable à l'adresse suivante <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0007.File.tmp/ber-netzwerkkrim-f.pdf>

selon lequel la punissabilité ne dépend pas du statut seul, mais surtout de la fonction du prestataire doit être défini par la loi.

SWISSFILM demande que la notion figurant à l'al. 1 « Informations » soit définie, tout au moins dans le message.

Pour COLT et l'ifpi, l'al. 1 n'établit pas clairement les conditions dans lesquelles les prestations fournies par les fournisseurs d'accès et d'hébergement lorsqu'ils préparent et transmettent des contenus sont punissables ou ne le sont pas. Ils estiment utile de décrire ces conditions comme le fait la directive européenne sur le commerce électronique³⁰.

L'ifpi n'est pas d'accord avec le principe de l'al. 1, selon lequel les dispositions générales du CP sont applicables lorsqu'une infraction est commise par le canal de médias électroniques. L'al. 1 prévoit que l'infraction est constituée par la mise à disposition, la préparation ou la transmission des informations. L'ifpi estime que de cette manière, on ne voit pas clairement si la notion de transmission englobe toutes les formes concevables de transmission. L'ifpi estime que la punissabilité devrait découler de l'infraction pertinente et propose, de ce fait, de supprimer le passage « par voie de transmission, de préparation ou de mise à disposition d'informations ».

2.2 Al. 2 : délimitation par rapport au droit des médias

Un certain nombre de participants³¹ estiment que le libellé et le domaine d'application de l'al. 2 ne sont pas clairs et doivent être précisés. La mention de l'art. 27^{bis} dans l'al. 2 est un facteur de confusion. Le manque de clarté porte notamment sur le fait de savoir quand un fournisseur de contenu est punissable selon l'al. 1 et dans quels cas il l'est selon l'al. 2 en relation avec l'art. 27^{bis}.

L'al. 2 contredit le but visé, à savoir lutter de manière plus efficace contre la cybercriminalité car il exclut la punissabilité des prestataires pour négligence. Une délimitation claire par rapport au droit pénal des médias s'impose et le champ d'application de l'al. 2 doit être précisé. Le rédacteur ne doit être tenu pour responsable que lorsque les contenus sont publiés à l'insu ou contre la volonté de l'auteur. Si l'auteur ne peut être découvert ou qu'il ne peut être traduit devant un tribunal suisse, le rédacteur doit répondre subsidiairement, et cela non pas de l'acte en soi, mais parce qu'il n'a pas empêché la publication. Selon la formulation de l'al. 2, on pourrait conclure qu'il n'est renvoyé qu'à l'al. 3 du nouvel art. 27^{bis} puisque le rédacteur est punissable en tant qu'auteur de l'infraction uniquement dans ce cas.

La délimitation par rapport au droit pénal des médias pose problèmes car la limite entre professionnels des médias et utilisateurs d'Internet devient de plus en plus floue. La révision gagnerait en efficacité et en clarté si elle excluait l'application de l'actuel art. 27 CP aux délits relatifs à la cybercriminalité.

³⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique » ; JO L 178 du 17.7.2000, p. 1). Texte consultable à l'adresse suivante : <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:HTML>.

³¹ GE, acin, impressum, SUISA, SSR, sunrise, SIUG, UNIGE, economiesuisse, KD, PreS.

Selon les mêmes participants à la consultation, l'al. 2 a pour but d'empêcher que les fournisseurs d'hébergement puissent invoquer la responsabilité en cascade et dans la pratique, cela pourrait mener à la situation suivante : en cas de déclarations médiatiques via Internet, on pourrait orienter la pratique en matière de publication d'une entreprise de médias en faisant pression sur le prestataire.

Ils estiment, en outre, qu'examiné sous l'angle de la technique législative, l'al. 2 n'est pas davantage convaincant. Si l'on considère que le renvoi de l'al. 1 (renvoi aux dispositions générales) englobe également la responsabilité en cascade, l'al. 2 n'a pas de sens et doit être supprimé. Dans le cas, par exemple, d'un journal en ligne qui publie un contenu attentatoire à l'honneur, la responsabilité en cascade selon l'art. 27^{bis} AP-CP devrait être applicable à l'ensemble de l'entreprise médiatique concernée en qualité de fournisseur de contenus. L'al. 2 n'aurait de sens que dans les cas où une application parallèle du droit pénal des médias et de la responsabilité des prestataires est possible. Etant donné que cela ne vaut que pour le fournisseur d'hébergement, le renvoi de l'al. 2 est perçu comme n'étant pas à la place adéquate et devrait figurer à l'al. 3.

2.3 Al. 3 en liaison avec le ch. 1, al. 1 et 2 de l'art. 322^{bis} AP-CP : punissabilité des fournisseurs d'hébergement et des exploitants des moteurs de recherche³²

Le Tribunal pénal fédéral, 21 cantons³³, cinq partis politiques³⁴ et 30 organisations intéressées³⁵ approuvent le principe de la punissabilité des prestataires d'hébergement et des exploitants de moteurs de recherche. De nombreuses réserves ont néanmoins été émises à propos des conditions de la punissabilité.

Quatre cantons³⁶, un parti politique³⁷ et 22 organisations intéressées³⁸ rejettent la punissabilité régie à l'al. 3, en relation avec le ch. 1, al. 1 de l'art. 322^{bis} AP-CP.

2.31 Al. 3 de l'art. 27 AP-CP

L'objection principale porte sur l'assimilation des exploitants de moteurs de recherche aux fournisseurs d'hébergement³⁹. Les arguments suivants sont avancés contre cette assimilation : l'impossibilité, pour les exploitants de moteurs de recherche, de juger du contenu des informations d'autrui car la mise en lien se fait

³² Du fait que l'al. 3 de l'art. 27 AP-CP renvoie au ch. 1 de l'art. 322^{bis} AP-CP, ces deux dispositions sont traitées ensemble car étroitement liées.

³³ ZH, BE, LU, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, BS, BL, SH, AR, SG, GR, TG, TI, VS, NE, GE.

³⁴ PS, PDC, PLS, PEV, PCS.

³⁵ allianceF, AudioVision, Cp, CAPS, CFEJ, CCPCS, CSDE, eBay, FER, FSA, FSCI, GARP, ifpi, impressum, kf, Limita, PreS, Pro Juventute, ricardo.ch, SSDP, SSR, SUISA, SwissBanking, SWISSFILM, SWITCH, UNIGE, UNIL, VIW, Werft22, Zetel.

³⁶ FR, AI, AG, JU.

³⁷ UDC.

³⁸ acin, asut, cablecom, COLT, COMAMAL, Comintel, economiesuisse, HSW, ICT, KD, JDS, MCI, Orange, PLP, SICTA, simsa, SIUG, sunrise, Swisscable, Swisscom, usam, USIE. Pour spart, KD a élaboré un nouveau projet sur la base l'AP. Celui-ci est partie intégrante de la thèse concernant le « Cybersexe », remise au Professeur Christian Schwarzenegger de l'Université de Zurich. .

³⁹ SO, AR, PCS, asut, cablecom, COLT, economiesuisse, MCI, sunrise, Swisscable, Swisscom, usam, USIE.

automatiquement⁴⁰; le risque de voir ces exploitants émigrer vers des pays qui ne connaissent pas ce genre de réglementation⁴¹ et, enfin, le fait qu'on ne puisse plus envisager la communication électronique sans les moteurs de recherche⁴².

Dans sa réponse, le canton de ZH souligne que, s'appuyant sur la directive sur le commerce électronique de la Communauté européenne (CE)⁴³, l'Autriche et le Liechtenstein excluent la responsabilité pénale des exploitants de moteurs de recherche. L'ifpi suggère de s'en tenir strictement à cette directive. Le canton du TI estime que la punissabilité des exploitants de moteurs de recherche ne se justifie pas en raison de leur fonction spécifique.

Outre cette objection, l'al. 3 fait l'objet de quelques propositions d'amélioration. Ainsi Swisscom demande que la réglementation de la punissabilité soit rattachée à une publication ou une publicité des contenus et eBay qu'il soit indiqué dans le message que la réglementation de l'art. 27, al. 3, 2^{ème} phrase AP-CP ne vise pas exclusivement les moteurs de recherche classiques, mais aussi les exploitants de sites de vente aux enchères sur Internet et autres marchés en ligne. Pro Juventute suggère de donner une définition de « moteur de recherche » dans le message.

Par ailleurs, le libellé des dispositions donne lieu à quelques remarques, par ex. en ce qui concerne le membre de phrase « mis à disposition selon un procédé automatisé ». Alors que BS et BL y voient un point fort de la réglementation puisque son interprétation est laissée en dernier ressort à la pratique des tribunaux, economiesuisse demande que ce libellé soit précisé. eBay souhaite que la notion d'automatisation en relation avec l'activité de mettre à disposition soit supprimée. La SSR fait remarquer que la notion d'« automatisé » ne permet pas de savoir si les textes publicitaires ou les forums de discussion sont également concernés.

D'autres remarques portent sur la notion d'« informations d'autrui ». De l'avis de PreS, elle doit être précisée. SwissBanking, economiesuisse et UBCS demandent que les entreprises en réseau soient dispensées de l'obligation de transmission lorsqu'il s'agit d'informations punissables diffusées sur les serveurs à l'intérieur de ce regroupement d'entreprises.

2.32 Art. 322^{bis}, ch. 1, al. 1 AP-CP

2.321 La notion de « sûr »

Quelques participants à la consultation⁴⁴ se sont arrêtés sur la notion de « sûr ». Ils font valoir entre autres que le dol éventuel se trouve à tort exclu⁴⁵, que cette notion soulève diverses questions⁴⁶ et qu'elle est en soi est mal choisie⁴⁷. Plusieurs propositions sont émises afin de remédier à cette situation. Il est, par exemple,

⁴⁰ asut, COLT, economiesuisse, MCI, sunrise, Swisscable, Swisscom, usam, USIE.

⁴¹ SO, AR, AG, JU, asut, cablecom, COLT, economiesuisse, MCI, sunrise, Swisscable, Swisscom, usam, USIE.

⁴² asut, cablecom, MCI, Swisscom.

⁴³ Cf. n. 30.

⁴⁴ ZH, UR, OW, ZG, SO, BL, AR, GR, TG, NE, GE, JU, CAPS, CFEJ, COLT, eBay, MCI, Orange, SUISA, Swisscable, SWITCH, UNIGE, UNIL, usam, USIE.

⁴⁵ ZG, SO, BL, AR, TG, TI, NE, GE, CAPS, CFEJ, SUISA.

⁴⁶ OW, SO, BL, AR, TG, NE.

⁴⁷ OW, ZG, SO, BL, AR, TG.

suggéré de remplacer la notion présente dans « est sûr » par la formulation déjà utilisée à propos de l'élément constitutif du recel (art. 160 CP), à savoir « dont il sait ou doit présumer »⁴⁸. D'autres participants requièrent une suppression pure et simple⁴⁹ et approuvent ainsi l'application des règles générales sur le dol. Enfin, le canton de NE demande que la notion soit complétée par « supposer » à la place de « présumer », SUISA par « sait ou doit savoir » et UNIL par « doit savoir » ou « devait savoir ».

Pour d'autres participants⁵⁰, la notion de « est sûr » ne sera probablement pas facile à interpréter, même pour des juristes. Elle pourrait même poser des problèmes insurmontables à propos des preuves⁵¹. Le fait d'être « sûr » est également rejeté puisque l'on ne pourrait atteindre cet état de certitude que si un tribunal a constaté sa présence⁵². AG estime même qu'il ne peut y avoir de « certitude » que si la personne incriminée avoue. La FSA est d'avis que le fait d'être « sûr » ne devrait pas se référer uniquement à l'information constituant une infraction, mais d'ores et déjà à la mise à disposition et propose de ce fait d'y insérer : « Qui sciemment ... ». Pour Werft22, il est faux de supposer que dans ce cas, le fait de savoir est inhérent à la technologie. Werft22 propose de ce fait que l'Etat établisse une liste des mesures à prendre. De l'avis de l'ifpi, la notion de « savoir avec certitude » doit être remaniée en s'appuyant sur la directive européenne sur le commerce électronique, compte tenu des critères de l'art. 14⁵³.

D'autres participants encore ne sont pas d'accord avec la règle voulant que le fournisseur d'hébergement doit apprécier d'un point de vue pénal les contenus hébergés sur son serveur⁵⁴ ; ils estiment qu'une sanction de ce type relève uniquement de la compétence des autorités de poursuite pénale et doit continuer à relever de cette compétence⁵⁵. En outre, il ne serait pas concevable à leurs yeux que des particuliers ne disposant ni du savoir nécessaire, ni des compétences requises assument des tâches relevant des autorités de poursuite pénale⁵⁶. Par ailleurs, on ne pourrait exclure que des contenus punissables en Suisse ne le soient à l'étranger⁵⁷. Mettant à la disposition de ses clients un système automatisé, le fournisseur d'hébergement n'est absolument pas en mesure de savoir le genre d'informations qu'il y a sur son serveur⁵⁸. Orange demande qui s'occuperait des mesures d'organisation inhérentes à ce genre de réglementation. De l'avis d'Orange, le système proposé reviendrait à introduire une censure privée. Un certain nombre de participants⁵⁹ estiment que le fournisseur d'hébergement ne doit être tenu de bloquer l'utilisation des informations par d'autres personnes que si une autorité de poursuite pénale l'enjoint de prendre une telle mesure.

⁴⁸ ZH, LU, ZG, SO, BL, AR, GR, TG, UR, CFEJ, UNIGE.

⁴⁹ UR, TI, eBay.

⁵⁰ MCI, Swisscable, usam, USIE.

⁵¹ JU, CFEJ, SWITCH.

⁵² LU, OW, SO, BL, AR, TG, NE, CAPS.

⁵³ Cf. note 30.

⁵⁴ AI, UDC, COLT, eBay, GARP, sunrise, SWITCH, SwissBanking, Swisscable, SWISSFILM, UBCS, usam, USIE.

⁵⁵ UDC, COLT, eBay, SWITCH, Orange, sunrise, usam, USIE.

⁵⁶ AI, UDC, eBay, sunrise, swisscable.

⁵⁷ AI, usam, USIE, sunrise.

⁵⁸ GE, Swisscom.

⁵⁹ COLT, economiesuisse, KD, MCI, Swisscom, SWITCH.

Enfin, un groupe de participants⁶⁰ rejette le contrôle obligatoire des contenus du fait des énormes quantités de données impliquées. Pour SWISSFILM et GARP, cette obligation de surveillance devrait être accompagnée de mesures administratives. Le canton du TI est d'avis que le fournisseur d'hébergement doit contrôler les informations ou avertissements de contenus punissables et devrait également agir au cas où le caractère illégal de l'information devait se trouver confirmé. Le canton du JU et l'acin estiment qu'étant donné cette condition de la « connaissance sûre », le fournisseur d'hébergement ne procédera à aucun contrôle afin d'éviter cet état de « connaissance sûre ». Ce qui, à nouveau, aurait toutefois comme conséquence que les contenus punissables continueront à être mis à disposition sans que le fournisseur d'hébergement puisse être poursuivi pénalement.

2.322 Omission punissable de l'utilisation d'informations illicites

Pour deux participants à la consultation⁶¹, l'introduction du délit d'omission est en contradiction avec la doctrine pénale car le fournisseur d'hébergement n'a pas d'obligation en tant que garant et n'est pas non plus une source particulière de dangers; en outre, l'art. 25 CP sur la complicité permet déjà de sanctionner le fournisseur d'hébergement qui n'entreprend rien pour empêcher l'utilisation d'une information punissable qu'il met à disposition et dont il sait pertinemment qu'elle est punissable⁶². L'acin estime qu'une limitation de la responsabilité pénale du fournisseur d'hébergement au délit d'omission proposé est problématique car ce traitement de faveur ne se justifie pas du point de vue juridique. L'ifpi suggère que cette formulation, peu claire, soit remaniée.

ricardo.ch propose de compléter ainsi la disposition⁶³ : le fournisseur d'hébergement ne doit être punissable que si l'omission procède d'une intention. En remplaçant « et » par un « ou »⁶⁴, Pro Juventute désire élargir le délit d'omission à des mesures, techniquement et raisonnablement exigibles, qui préviennent une utilisation d'informations punissables, mises à disposition selon un procédé automatisé, sans que le fournisseur d'hébergement ou les exploitants de moteurs de recherche aient connaissance de leur contenu concret.

2.323 Les notions de « techniquement » et « raisonnablement »

Divers participants estiment que les notions de « techniquement » et de « raisonnablement » peuvent être interprétées de manière extrêmement large⁶⁵ et doivent donc être supprimées⁶⁶. Les cantons d'AG, GE et NE ainsi que UNIGE sont d'avis que la mention des notions couvertes par les deux adverbes « techniquement » et « raisonnablement » sont inutiles car il va de soi que l'on ne peut demander ce qui n'est pas techniquement ou raisonnablement exigible. Le canton de NE estime qu'il revient aux tribunaux de décider ce que l'on peut exiger techniquement et raisonnablement.

⁶⁰ AI, TI, UDC, cablecom, GARP, Orange, SWISSFILM.

⁶¹ Orange, sunrise.

⁶² Cablecom, Orange.

⁶³ « ... et qui aura omis intentionnellement de transmettre.... »

⁶⁴ « Celui qui aura mis à disposition, ..., sur un réseau de communications électroniques, ou qui aura omis de transmettre, sera puni ».

⁶⁵ MCI, SICTA, simsa, Swisscable, usam, USIE.

⁶⁶ AG, AR, BL, GE, LU, NE, SG, SO, ZG.

Neuf cantons⁶⁷ demandent que la notion de « raisonnablement » soit supprimée. Un certain nombre de participants estiment que cette notion n'est pas claire⁶⁸ et ne permet pas de déterminer ce qui est raisonnablement exigible⁶⁹. SWISSFILM et GARP souhaitent que le législateur donne au moins une indication sur ce qu'il faut entendre par « raisonnablement ».

L'ifpi suggère que les notions de « techniquement » et de « raisonnablement » soient remaniées en fonction de la directive européenne sur le commerce électronique⁷⁰. Le Tribunal pénal fédéral demande que le libellé « ... que l'on puisse techniquement ... exiger » soient précisé de manière concrète⁷¹.

2.324 Fixation de la peine

L'USIE et l'usam critiquent le fait que cette disposition n'établisse pas les critères de fixation de la peine. Un point est à leurs yeux particulièrement confus : la peine est-elle fixée d'après le caractère répréhensible du comportement punissable non empêché ou non annoncé ? COLT estime qu'il faudrait déterminer si la peine doit être fixée en fonction du caractère répréhensible des contenus concrètement mis à disposition. Ce participant soulève en outre la question de savoir comment apprécier le caractère accessoire de la fixation de la peine par apport au caractère répréhensible de l'acte en fonction de la faute commise. L'UDC, COLT, l'usam et l'USIE constatent que les conditions de concurrence avec d'autres infractions n'ont pas été clarifiées.

2.33 Art. 322^{bis}, ch. 1, al. 2 AP-CP

2.331 Avertissements adressés par des tiers

Pour de nombreux participants, la réception d'avertissements concernant des informations pénalement punissables est, de toute évidence, une tâche de l'Etat qui ne doit pas être déléguée au secteur privé⁷². MCI, l'usam et l'USIE ne voient aucune raison de faire intervenir le fournisseur d'hébergement entre les autorités de poursuite pénale et les particuliers. Swisscom est d'avis que le tiers doit adresser directement son avertissement aux autorités de poursuite pénale car celles-ci sont formées pour cela et ont les connaissances professionnelles adéquates pour différencier les contenus légaux des contenus illégaux.

Les cantons de BE et BS ainsi que la CCPCS et la CFEJ demandent⁷³ que les indices sur de possibles infractions, découverts par le fournisseur d'hébergement lui-même, soient aussi transmis aux autorités de poursuite pénale. Du fait que l'omission de transmission est une infraction indépendante, BS se demande si un soupçon fondé que quelque chose pourrait être punissable ne devrait pas suffire. UNIGE

⁶⁷ AG, AR, BL, GE, LU, NE, SG, SO, ZG.

⁶⁸ AG, COLT, MCI, Swisscable, usam, USIE.

⁶⁹ AG, COLT.

⁷⁰ Cf. n. 30.

⁷¹ "... bien que cela soit techniquement possible et que l'on puisse raisonnablement l'exiger de lui.. ».

⁷² GR, UDC, asut, cablecom, COLT, eBay, KD, JDS, MCI, Orange, PLP, SIUG, SSR, sunrise, Swisscable, SwissBanking, Swisscom, SICTA, simsa, usam, UNIGE, USIE.

⁷³ Il conviendrait de biffer à l'al. 2 le membre de phrase « ... qui lui ont été adressés par des tiers et lui sont effectivement parvenus, ... ».

estime que la notion de « tiers » devrait être définie, et l'acin considère qu'il sera difficile de prouver que le fournisseur d'hébergement a aussi reçu effectivement l'avertissement.

Le canton de SH demande s'il ne faudrait pas mettre sur pied une centrale de communication car les prestataires ne sont pas toujours facilement atteignables par courrier électronique. Les communications aux prestataires seraient alors effectuées par ce bureau central qui pourrait ainsi contrôler si le fournisseur réagit à la communication transmise.

Pour ricardo.ch, le tiers qui dépose un avertissement est en général la personne présumée lésée qui a, de fait, sciemment renoncé à faire intervenir les autorités de poursuite pénale. Ricardo.ch ne voit donc pas pourquoi, dans de telles conditions, il faudrait que le fournisseur d'hébergement fasse automatiquement intervenir les autorités de poursuite pénale. Cela serait susceptible de placer l'auteur de l'avertissement dans de sérieuses difficultés si les reproches formulés s'avéraient contestables. Il risquerait alors de s'exposer au grief d'atteinte à l'honneur.

2.332 Obligation de transmettre l'information

Plusieurs participants sont convaincus que du fait de cette obligation de transmission les autorités de poursuite pénale seront inondées d'avertissements car le fournisseur d'hébergement, animé par la prudence, transmettra tous les avertissements qu'il reçoit⁷⁴. Le canton de ZG ajoute que l'on aura certainement plus souvent recours à la transmission et à la dénonciation - prétextant que l'on ne sait pas très bien si le contenu est punissable ou non - pour montrer que l'on s'est conformé à la lettre de la loi. Afin d'éviter cela, le canton d'UR propose que les avertissements soient précisés dans la loi (par ex. uniquement les avertissements contenant des indices concrets). De l'avis d'Orange, un fournisseur d'hébergement prudent bloquera tout fichier suspect, ce qui soulève à nouveau la question de sa responsabilité civile à l'égard du fournisseur de contenu concerné.

Le canton d'OW considère le devoir de dénoncer comme délicat s'il revient à une obligation de se dénoncer soi-même. Ne serait-ce que pour des raisons relevant de la protection des données et pour des motifs de faisabilité, il ne s'agit pas que le fournisseur transmette aux autorités de poursuite pénale chaque avertissement qu'il reçoit de tiers.

JDS relève que conformément à un principe général gouvernant la procédure et généralement valable en Suisse, le dépôt d'une plainte pénale est un droit et non un devoir. Les prestataires d'hébergement ne devraient pas jouer un rôle de dénonciateur auprès des autorités de poursuite pénale pas plus qu'un rôle d'intermédiaire auprès desdites autorités⁷⁵. Simsa se prononce contre l'introduction d'obligations spécifiques de surveillance et de déclaration pour les prestataires d'hébergement et les exploitants de moteurs de recherche.

⁷⁴ AG, JU, SG, ZG, eBay, PLP, ricardo.ch, Swisscom, UNIGE.

⁷⁵ ZH (qui dans sa réponse attire l'attention sur le fait que l'obligation de transmettre l'information a été fortement critiquée dans le milieu des avocats), GR, UDC, usam, HSW, PLP, Swissbanking, Swiss-cable, Swisscom, USIE.

Orange estime que la transmission ou la dénonciation aux autorités de poursuite pénale ne devrait en aucun cas exclure une peine.

Par ailleurs, l'obligation de transmission a suscité les remarques et propositions suivantes :

Le canton de SG critique le fait que la disposition soit trop vague et, en particulier, ne précise pas dans quel délai et sous quelle forme les avertissements de tiers doivent être transmis. COLT suggère d'introduire à titre complémentaire une procédure administrative spécifique permettant à l'autorité désignée de juger les contenus incriminés sous l'angle du droit (pénal) et d'ordonner des mesures adaptées et tolérables. Werft22 demande que les mesures à prendre dans ce contexte soient décrites plus précisément. SwissBanking et l'UBCS proposent deux solutions : soit il faut limiter l'obligation d'annoncer aux délits d'une certaine gravité (par ex. les crimes), soit il faut énumérer in extenso dans la loi les infractions soumises à déclaration.

La FSA ne voit pas pourquoi le fournisseur d'hébergement qui a été informé par des tiers, et ne dispose donc pas d'une certitude absolue, devrait informer les autorités de poursuite pénale sans pouvoir lui-même prendre l'initiative de prévenir l'utilisation de l'information. L'option de prévenir l'utilisation ou d'informer les autorités devrait lui demeurer ouverte. Cela permettrait de sensibiliser les prestataires et leur permettre d'intervenir auprès des fournisseurs d'hébergement sans risquer une plainte.

Le canton de LU serait favorable à une obligation de contrôle des prestataires dans les limites de ce qui est possible techniquement et financièrement.

ricardo.ch propose d'instituer un droit à la place d'une obligation à propos de la transmission des avertissements aux autorités de poursuite pénale. HSW déconseille la création d'une mesure exclusivement pénale et suggère, à la place, une réglementation administrative qui formule de manière suffisamment précise les obligations à titre préventif incombant aux prestataires en matière d'organisation. UNIGE voudrait que les avertissements émanent uniquement d'une autorité judiciaire et que le devoir de dénoncer ne dépende pas du type d'infraction, mais du moyen qui sert à commettre l'infraction.

L'ifpi serait favorable au fait que le fournisseur d'accès soit également tenu de transmettre les informations en question aux autorités de poursuite pénale.

2.4 Al. 4 : impunité du fournisseur d'accès et du stockage temporaire

Le canton de ZH demande que l'impunité, prévue à l'al. 4, des prestataires de réseaux⁷⁶ et des prestataires de services de *telehousing*⁷⁷ soit expressément mentionnée. Le canton de BS est persuadé de l'impunité du fournisseur d'accès qui se contente de mettre à disposition des lignes et, de ce fait, assure le transport d'énormes quantités de données sans pouvoir les contrôler. Le canton de GE, SUIZA et Pro Juventute estiment que l'entière impunité des prestataires d'accès ne se justifie pas. Dans la mesure où la technique le permet, ils devraient être également tenus de bloquer l'accès. Dans sa réponse à la procédure de consultation, le canton du JU constate que l'impunité absolue du fournisseur d'accès

⁷⁶ Cf. n. 27.

⁷⁷ Cf. n. 27.

tout comme l'immunité relative du fournisseur d'hébergement sont uniques dans le CP.

L'acin demande que la nouvelle loi régisse un certain nombre d'obligations pour les prestataires : par exemple, l'obligation pour les prestataires d'accès de savoir qui sont ses clients et de conserver les données de sorte que les autorités pénales puissent en tout temps les obtenir. Cette association estime choquant d'exclure les prestataires d'accès de toute punissabilité. A ses yeux, les prestataires d'accès sont les seuls en mesure de bloquer un accès au réseau. COMAMAL et Comintel requièrent que les prestataires d'accès soient obligés de bloquer un site sur ordonnance judiciaire. Pour UNIGE, aucun motif technique ne justifierait l'immunité absolue du fournisseur d'accès. S'inspirant de la directive européenne sur le commerce électronique⁷⁸, l'ifpi⁷⁹ et MCI⁸⁰ proposent diverses formulations précisant les fonctions du fournisseur d'accès.

Pour Audiovision, le *caching*⁸¹ ne devrait pas être exclu de la responsabilité pénale lorsque le fournisseur de services configure intentionnellement ses installations pour le *caching* de données, à l'intérieur de certains systèmes d'échange de données dont il sait que la plupart sont utilisés à des fins illicites.

Orange, cablecom et sunrise demandent que la notion de « temporaire » soit supprimée car il s'agit en réalité de stockages durant des jours ou même des semaines, selon les habitudes de consultation des utilisateurs, et que l'on ne peut donc plus les considérer comme temporaires. Pour Swisscable, il est juste de mettre sur un pied d'égalité le stockage automatique et le stockage temporaire de contenus d'autrui avec la fourniture d'accès, mais la notion de « temporaire » aurait besoin d'être définie avec plus de précision.

COLT et economiesuisse plaident en faveur d'une clarification des conditions dans lesquelles il y a participation active punissable. Comme le *caching*⁸², le *mirroring*⁸³ est, à leurs yeux, une simple prestation de transmission et peu importe en l'espèce que l'initiative du stockage intermédiaire limité dans le temps ait été due à la consultation du site par un utilisateur (*caching*) ou émane activement du fournisseur

⁷⁸ Cf. n. 30.

⁷⁹ Art. 27, al. 4 AP-CP: « Celui qui se borne à fournir l'accès à un réseau de communications électroniques n'est pas punissable s'il n'est pas à l'origine de la transmission, s'il ne sélectionne pas les destinataires des informations transmises et s'il ne sélectionne pas ou ne modifie pas les informations transmises. Le stockage intermédiaire automatique et temporaire d'informations d'autrui résultant de la consultation d'un utilisateur est considéré comme fourniture d'accès à condition que l'objectif poursuivi soit l'exécution de la transmission dans le réseau de communication et que l'information ne soit pas stockée plus longtemps que le requiert d'ordinaire la transmission ». Un nouvel alinéa 5 doit être rajouté afin de créer un nouveau sous-groupe pour la forme de stockage dite *proxy-caching*:

« Celui qui transmet des informations remises par un utilisateur dans un réseau de communications électroniques est punissable aux conditions de l'art. 322^{bis}, ch. 1 en cas de stockages automatiques, transitoires, dont l'objectif unique est de faciliter la transmission de l'information à d'autres utilisateurs, à la demande de ces derniers ».

⁸⁰ Art. 27, al. 4 AP-CP : « Celui qui se borne à fournir l'accès d'informations d'autrui à un réseau de communications électroniques ou à assurer leur transmission n'est pas punissable. Le stockage automatique et temporaire d'informations d'autrui suite à la consultation d'un site est considéré comme une prestation de transmission. »

⁸¹ Le *caching* s'entend comme stockage automatique temporaire d'informations d'autrui.

⁸² Cf. n. 80.

⁸³ Le *mirroring* (le 'mode miroir') est le duplicata d'une offre Internet, émanant de l'acte volontaire d'un prestataire sur un autre ordinateur, par exemple pour réduire les temps d'accès sur un disque dur particulièrement mis à contribution.

(*mirroring*). Dans les deux cas, le fournisseur n'a pas connaissance des contenus stockés de manière intermédiaire. En outre, COLT et economiesuisse estiment que le *proxy caching*⁸⁴ qui, contrairement au stockage intermédiaire requis par la technique, ne sert pas d'emblée au stockage intermédiaire, ne doit pas être assimilé à la fourniture d'accès. Pour SWISSFILM, l'al. 4 ne mentionne pas que le fournisseur d'accès a la possibilité technique de bloquer des contenus dans le *proxy cache* ou de les éliminer. Pour cette raison, le *caching*⁸⁵ ne doit donc pas être exclu de la responsabilité pénale lorsque le fournisseur sait que les données sont utilisées à des fins illicites.

Dans sa réponse, la FSA souligne que l'avant-projet A ne mentionne pas le fournisseur qui procède à la simple transmission et que l'al. 4 devrait donc être modifié dans ce sens. Sunrise suggère également de modifier ou de préciser l'al. 4.

Swisscom est d'avis que la limite avec la complicité punissable devrait être posée de manière plus précise et soumet dans ce sens une proposition de formulation⁸⁶, reprenant les critères posés par la directive sur le commerce électronique⁸⁷.

3. Art. 27^{bis} AP-CP (Punissabilité des médias)

L'art. 27^{bis} AP-CP reprend la réglementation de l'actuel art. 27 CP avec une modification : le nouvel al. 2 renvoie à l'art. 322^{bis}, ch. 2 AP-CP. A l'exception du canton de GE, qui demande un remaniement d'ordre rédactionnel⁸⁸, cet article n'a donné lieu à aucune remarque.

4. Art. 322^{bis} AP-CP (Défaut d'opposition à une infraction sur les réseaux de communications électroniques et dans les médias)

4.1 Ch. 1, al. 1 : omission punissable de l'utilisation d'informations illicites

Se reporter à ce propos aux considérations figurant au ch. 2.32.

⁸⁴ Le *proxy caching* est le stockage intermédiaire temporaire par le fournisseur d'accès ; ce stockage permet une consultation plus efficace des données pour tous les clients du fournisseur d'accès, surtout pour les contenus souvent consultés.

⁸⁵ Cf. n. 80.

⁸⁶ Swisscom demande que la troisième phrase suivante soit rattachée à l'al. 4 : « La punissabilité selon les règles générales de la participation est réservée dans la mesure où le fournisseur d'accès est à l'origine de la transmission des informations, dans la mesure où il sélectionne les destinataires des informations transmises ou dans la mesure où il sélectionne ou modifie les informations transmises ».

⁸⁷ Cf. n. 30.

⁸⁸ « De deux choses l'une : soit le rédacteur ou le responsable de la publication sont auteurs de l'infraction commise sous forme de publication dans un média au sens de l'art. 27bis, al. 3 et la mention de cet al. 3 à l'art. 322^{bis}, ch. 2 est erronée ; soit le rédacteur ou le responsable de la publication tombent sous le coup de l'art. 322^{bis}, ch. 2 et la mention de ces personnes comme auteurs à l'art. 27^{bis}, al. 3 est erronée ». GE estime que, conformément à l'esprit de la réforme du droit pénal des médias, il faut préférer la deuxième solution.

4.2 Al. 2 : obligation de transmettre l'information

Se reporter à ce propos aux considérations figurant au ch. 2.33.

4.3 Al. 3 : l'acte principal en tant qu'infraction poursuivie sur plainte

Selon le canton d'AG, la marche à suivre en cas d'infraction poursuivie sur plainte manque de clarté et on ne sait trop comment un fournisseur devrait agir si la punissabilité dépend de la présence d'une plainte.

La FSA estime que la solution proposée est peu praticable car elle oblige le fournisseur d'hébergement à informer à titre préventif les autorités de poursuite pénale même si la victime de l'infraction ne désire entreprendre aucune démarche. La FSA propose donc de donner au fournisseur d'hébergement la possibilité d'informer la victime présumée de l'infraction, ce qui le délierait de l'obligation d'informer les autorités (dans le cas de l'al. 2) ou ne le contraindrait qu'à prendre les mesures adéquates (dans le cas de l'al. 1) que si la victime le désire.

GARP, l'ifpi et SWISSFILM sont d'avis que la plainte ne devrait pas nécessairement se référer à l'acte principal, mais à l'acte d'omission.

Enfin, UNIGE estime que cet alinéa est inutile car le CP régleme déjà ce cas.

4.4 Al. 4 : appréciation de l'infraction à la lumière du droit suisse

La FSA et eBay proposent de restreindre le domaine d'application de l'al. 4. De l'avis de eBay, la formulation de l'art. 322^{bis}, al. 1 AP-CP contraint les prestataires d'hébergement au niveau international à supprimer ces offres de leurs serveurs ou à les annoncer aux autorités suisses alors qu'elles n'ont aucun lien avec la Suisse. Afin d'éviter cela, eBay et economiesuisse proposent de rajouter une seconde phrase à l'al. 4⁸⁹. La FSA pense qu'il suffit que l'information problématique constitue une infraction en vertu du droit suisse, et cela indépendamment de sa gravité. L'infraction selon l'art. 322^{bis}, ch. 1 AP-CP est punie de l'emprisonnement. Si l'on considère que l'infraction relève du recel, il est injuste de la punir plus sévèrement que l'infraction préalable. La FSA propose de limiter l'application de l'art. 322^{bis} AP-CP à des infractions préalables suffisamment graves et estime qu'il conviendrait d'exclure au minimum les contraventions.

Le canton de GE considère que cette disposition a une signification générale et trouve qu'il vaudrait mieux la placer à l'art. 27 AP-CP.

Dans la mesure où une norme pénale de ce type a été créée, le canton d'AG considère comme contraignante l'application du droit suisse selon l'al. 4.

Enfin, UNIGE trouve que l'al. 4 est inutile car le CP règle déjà ce cas.

⁸⁹ « Pour qu'il y ait punissabilité, il faut que l'information soit spécialement axée sur la Suisse ».

4.5 Al. 5 : suppression de contenus illicites

4.51 Place dans la systématique

La place de l'al. 5 dans la systématique a fait l'objet de diverses remarques. Certains cantons⁹⁰ sont d'avis que la possibilité de supprimer les informations illicites constitue un pendant à la confiscation telle que la prévoit l'art. 58 CP. D'autres participants à la consultation⁹¹ considèrent comme nécessaire la réglementation expresse de la suppression du fait que l'art. 58 ss CP se limite aux objets et aux valeurs patrimoniales. Le canton de BE et l'ifpi sont d'avis que l'al. 5 devrait être aligné sur l'art. 58 CP. Certains participants⁹² veulent que l'al. 5 soit régi à l'art. 58 CP. Le canton de GE propose que cela soit fait à l'art. 27 AP-CP. Le canton du JU demande que l'art. 58 CP soit modifié car en l'espèce, les objets de la confiscation ne sont pas des objets matériels, mais des données ou des informations. Pour KD, l'al. 5 ne vient compléter que de manière imparfaite les art. 58 et 59 CP. Enfin, impressum est d'avis que l'al. 5 n'est pas à sa place dans le CP, mais devrait se trouver dans un autre texte de loi car il ne constitue pas une norme pénale. L'acin voudrait voir cette disposition intégrée au livre deuxième, titre troisième du code pénal (Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé).

La FSA demande que la suppression s'appuie sur l'art. 58 CP et que la compétence à son propos soit attribuée au juge du fond. Cette association avoue avoir du mal à s'imaginer comment cette disposition s'appliquera sans l'ouverture d'une procédure pénale et est convaincue que le juge refusera de traiter le cas lorsque le fournisseur de contenu agit à l'étranger et que le fournisseur d'hébergement satisfait aux conditions de l'al. 2. Il suggère de prévoir des procédures civiles ou administratives qui permettent la suppression de certaines informations touchant des intérêts privés ou publics de manière punissable selon le droit pénal.

4.52 Suppression d'informations illicites

La possibilité de supprimer les informations illicites a donné lieu à diverses remarques. La CSDE estime nécessaire de pouvoir bloquer provisoirement les informations durant la procédure pénale, alors que le canton d'OW pose la question de savoir si la possibilité d'une décision de blocage procédurale ne devrait pas être directement inscrite dans le CP. eBay fait remarquer que le fournisseur d'hébergement qui bloque des contenus s'expose à être traduit devant une juridiction civile par le fournisseur de ces contenus s'il apparaît que le blocage a été effectué à mauvais escient. Le canton de LU estime pour sa part que la suppression de contenus illicites s'avérera probablement difficile, si ce n'est impossible, étant donné la présence d'Internet au niveau mondial et la rapidité de diffusion et de classement des données

Plusieurs participants⁹³ proposent de prévoir explicitement à l'al. 5 la suppression d'informations illicites indépendamment de la punissabilité d'une personne précise. La SIUG demande que l'injonction visant à supprimer les informations illicites soit

⁹⁰ LU, SO, BL, AR, SG, TG.

⁹¹ FR, AG, GE, COMAMAL, Comintel, SSDP.

⁹² FR, JU, COMAMAL, Comintel, UNIGE.

⁹³ LU, ZG, SO, BL, AR, SG, TG, NE, GE, ifpi, SWISSFILM, GARP.

soumise à des conditions formelles précises. SWISSFILM et GARP proposent que tout soit supprimé pour que l'information illicite ne puisse pas être chargée une fois encore. Le canton d'AG regrette de ne trouver aucune information sur la manière dont la suppression doit se faire du point de vue technique et procédural, pas plus que sur la personne qui doit la contrôler. Pour l'ifpi, d'une manière générale, toutes les données illégales se trouvant dans des réseaux de communications électroniques doivent être supprimées, même si un fournisseur n'en assume pas la responsabilité, même en l'absence d'intention ou même si la Suisse n'a pas de compétence juridictionnelle. Enfin, certains cantons⁹⁴ requièrent que les prestataires puissent effacer les contenus après en avoir informé au préalable leurs auteurs.

MCI, cablecom et Werft22 pensent que le blocage ou la suppression ne doivent être effectués que par des autorités judiciaires, des autorités de poursuite pénale ou par une autorité centrale spéciale, mais pas par les fournisseurs d'hébergement. Wertf22 estime en particulier que la suppression de contenus illicites devrait demeurer la prérogative de services étatiques ou de corporations de droit privé dotés des pouvoirs adéquats. Selon la COMAMAL, l'obligation de suppression doit au moins être imposée aux fournisseurs d'accès lorsqu'elle est ordonnée par le juge. Enfin, le canton de GE estime que cet alinéa est difficilement applicable.

4.53 Juridiction

Pour le PLS, l'al. 5 est en contradiction avec les règles de la juridiction ; la Suisse s'arroge le droit de suppression bien qu'elle n'ait pas la compétence de légiférer sur l'infraction. Le PLS et le Cp relèvent que les règles du droit pénal international doivent être respectées. Les cantons de FR et BE, la COMAMAL et la Comintel estiment que la mention de la compétence juridictionnelle de la Suisse est superflue.

4.6 Ch. 2 : punissabilité des personnes qui n'ont pas empêché une publication constituant une infraction

A l'exception d'UNIGE qui, à cette occasion, désire voir corriger une erreur d'ordre rédactionnel⁹⁵, le ch. 2 de l'art. 322^{bis} AP-CP n'a donné lieu à aucun commentaire.

IV. Code pénal militaire (CPM)

Les propositions de modification étant identiques pour le CP et le CPM, les remarques formulées par les participants à la consultation sont valables pour les deux lois pénales.

⁹⁴ SO, BL, AR, TG.

⁹⁵ Comme l'actuel art. 322^{bis} CP, le nouveau ch. 2 de l'art. 322^{bis} AP-CP renvoie aux al. 2 et 3 de l'art. 27 CP et du nouvel art. 27^{bis} AP-CP, bien que seul l'al. 2 de l'art. 27 CP et le nouvel art. 27^{bis} AP-CP renvoient aux art. 322^{bis} et 322^{bis}, ch. 2; voir également à ce propos la note 87.

V. Prescriptions supplémentaires administratives, civiles ou autres

Le Tribunal pénal fédéral, sept cantons⁹⁶, deux partis politiques⁹⁷ et 21 organisations⁹⁸ sont d'avis qu'il est inutile de prendre des mesures supplémentaires de droit administratif, de droit civil ou autres mesures législatives.

Pour le canton d'AG, la priorité n'est pas de créer de nouvelles prescriptions légales, mais de fournir des moyens suffisants du point de vue technique ainsi qu'en termes de personnel.

Par contre, pour le PEV et dix organisations⁹⁹, une réglementation de droit civil s'impose. eBay estime que s'il est impossible de mettre sur pied une réglementation de droit civil dans le cadre de la présente révision, il faudra préciser clairement dans le message qu'on ne peut établir des exigences plus sévères en droit civil qu'en droit pénal à propos des devoirs de vigilance des prestataires. La FSA demande qu'après l'adoption des dispositions de droit pénal, la Confédération entame les travaux en vue de la création d'une réglementation de droit civil et de droit international privé. Cette fédération précise qu'il faudra aussi préparer ou passer au niveau international les conventions requises. Le GARP attend de la présente révision des mesures d'accompagnement administratives et la HSW est convaincue qu'une solution de droit administratif serait plus adaptée. Elle permettrait notamment d'imposer aux prestataires des droits et devoirs spécifiques et de lier ces derniers à des sanctions de droit administratif. Sunrise est d'avis que pour permettre aussi le blocage ou la suppression de contenus délictueux en dehors d'une procédure pénale concrète, on pourrait envisager d'instituer une procédure administrative spécifique, conférant à l'autorité désignée une compétence particulière de décision.

Pour l'USIE, il faut prévoir dans le cadre de la présente révision une procédure administrative spéciale et une réglementation civile.

Onze cantons¹⁰⁰ et l'acin demandent que l'obligation de conserver durant six mois les données relevant de la correspondance par télécommunication, tel que le prévoit actuellement la LSCPT¹⁰¹, soit prolongée à un an. Le canton de SO désire que l'on veille à compléter la LSCPT conformément aux recommandations de la Commission d'experts Cybercriminalité¹⁰². Simsa demande que la communication avec les autorités du DETEC ait lieu par voie électronique et le canton de ZH demande que, pour des raisons de temps et d'argent, la relation entre les autorités de poursuite pénale et les prestataires ait lieu sans détour par le DETEC.

Le canton de SO propose d'habiliter les prestataires, sur la base d'un texte de loi, à supprimer les contenus illicites sur leurs serveurs, par ex. après un seul et unique avertissement.

⁹⁶ ZH, BE, OW, SH, SG, BS, GE.

⁹⁷ PLS, PCS.

⁹⁸ acin, allianceF, Cp, JDS, CFEJ, FRC, CCPCS, CAPS, kf, Limita, MCI, ricardo.ch, SwissBanking, SUISA, SSDP, Pro Juventute, simsa, SWITCH, VIW, economiesuisse, Zetel.

⁹⁹ AudioVision, eBay, FER, GARP, ifpi, PLP, asut, FSA, SSR, SWISSFILM.

¹⁰⁰ ZH, LU, NW, GL, ZG, FR, SO, AR, TG, TI, NE.

¹⁰¹ RS 780.1

¹⁰² Cf. n. 2, p. 142 s.

Le canton d'UR et SwissBanking suggèrent d'imposer une obligation d'information au service d'enregistrement pour toute attribution d'une adresse IP.

Les cantons de FR et JU ainsi que la COMAMAL estiment que la présente révision doit être l'occasion de créer la base, aujourd'hui inexistante, nécessaire au monitoring pratiqué par le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCl)¹⁰³.

Dans le contexte de la protection de la jeunesse, la CSDE demande que l'on examine quelles prescriptions supplémentaires pourraient amener les prestataires à assumer leur responsabilité quant aux contrôles de l'âge dans le cas de la pornographie (art. 197 CP) ou de représentations de la violence (art. 135 CP). En outre, la CSDE voudrait que l'on vérifie si les dispositions du CC¹⁰⁴ régissant la réparation des atteintes aux droits de la personnalité, commises à partir de réseaux de communications électroniques, sont suffisantes.

Pro Juventute demande une révision de l'art. 197 CP (Pornographie), à savoir que la notion d'« enfant » soit attachée sans équivoque aux représentations de personnes âgées de moins de 18 ans et, par ailleurs, que la punissabilité soit élargie à ce que l'on nomme « l'érotisme infantin », qui ne remplit pas l'élément constitutif de l'infraction de la pornographie dure.

VI. Avis exprimés sur l'art. 344 de l'avant-projet B

1. Art. 344, al. 1 AP-CP

1.1 Première investigations urgentes effectuées par le Ministère public de la Confédération et la Police judiciaire fédérale

51 participants à la consultation¹⁰⁵ approuvent les compétences des autorités fédérales en matière de premières investigations urgentes, lorsque des d'infractions sont commises par le canal des médias électroniques. Deux de ces participants¹⁰⁶, n'approuvent cette compétence qu'à la condition que la Confédération assure l'entretien d'un centre de compétences pour ces investigations. Ce centre devrait être équipé des moyens techniques et juridiques nécessaires et disposer d'un effectif suffisant. En effet, il n'est pas concevable à leurs yeux que la Confédération décide de ressources cantonales dont l'utilisation et la planification reviennent aux seuls cantons.

Les avis divergent sur la question de savoir jusqu'où le Ministère public de la Confédération et la Police judiciaire fédérale peuvent aller dans leurs investigations

¹⁰³ Pour de plus amples informations sur le SCOCl, consulter l'adresse www.cybercrime.admin.ch

¹⁰⁴ RS 210

¹⁰⁵ TPF, ZH, LU, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, VS, BS, BL, SH, AG, AR, SG, GR, TG, TI, NE, PS, PDC, UDC, PLS, PEV, PCS, Cp, AllianceF, economiesuisse, CFEJ, FER, FRC, GARP, CCPCS, CAPS, KF, Limita, CES, CSDE, FSA, sgv, SSDP, asut, USIE, ICT, MCI, simsa, Swissfilm, Werft22, Zetel.

¹⁰⁶ AG, SSDP.

et à quel stade exactement le cas doit être transmis aux autorités cantonales de poursuite pénale : ainsi pour le canton de ZH et d'autres participants¹⁰⁷, les nouvelles compétences de la Confédération n'ont de sens que si la Confédération peut entreprendre, dans les cas dépassant le cadre de nos frontières et touchant probablement plusieurs cantons, des enquêtes préalables approfondies en matière technique, dans la perspective de déterminer la compétence cantonale. La sécurité des données serait assurée de manière centralisée par la Confédération, pour ce qui est des premières investigations. La Confédération serait en mesure de remettre aux autorités cantonales de poursuite pénale un rapport de dénonciation sur les présomptions de délit et sur les personnes pouvant être soupçonnée de l'avoir commis. Ce procédé permettrait une répartition juste des charges et des coûts entre Confédération et cantons.

Pour neuf cantons¹⁰⁸, au niveau des premières investigations, la sécurité des données et l'attribution des procédures, dans le cadre des premières investigations, doivent être assurées par la Confédération, cela au terme de premières évaluations.

Le canton d'AG et la SSDP estiment que la Confédération ne peut déléguer les procédures aux cantons que lorsque les moyens de preuve ont été saisis chez les présumés coupables et ont été évalués pour l'essentiel.

L'USIE et l'usam plaident en faveur d'une centralisation la plus poussée possible de la poursuite pénale, mais qui ne toucherait pas aux compétences cantonales en matière de poursuite pénale.

Dans leur réponse, les cantons de FR et JU ainsi que COMAMAL, impressum et HSW expriment approbation, quant au fond, à propos des possibilités d'investigation de la Confédération au cours de la phase initiale - mais pas sous la forme proposée. Les cantons de FR et JU ainsi que COMAMAL sont d'avis qu'il serait judicieux de donner à la Confédération la possibilité de procéder aux premières investigations urgentes, et cela dans tous les cas, c'est-à-dire également pour les délits qui n'ont pas été commis par le canal des médias électroniques et dans lesquels la compétence cantonale n'est pas encore établie¹⁰⁹. De l'avis de ces participants, la Confédération doit mener ses investigations jusqu'à ce qu'elle soit en mesure de livrer aux autorités cantonales de poursuite pénale un rapport de dénonciation sur la présomption d'un délit et la personne pouvant être soupçonnée de l'avoir commis.

impressum renvoie par contre au principe de la subsidiarité et désire que les propositions de compétences de la Confédération en matière d'investigation ne deviennent effectives que si les cantons n'ont pas créé, dans un délai raisonnable et au niveau intercantonal, un organe qui assure la coordination nécessaire.

Le canton de BE est divisé quant à cette proposition de règlement des compétences. Il dit avoir l'impression que l'on crée ainsi de facto une nouvelle compétence fédérale sans vouloir toutefois le dire directement. En outre, la formulation : « ...et si le canton compétent n'est pas encore établi » lui semble manquer de clarté. Par ailleurs, les expériences faites dans le cadre de Genesis ont été traduites dans les faits en continu, de sorte qu'une partie des problèmes ont déjà pu être résolus ou pour le

¹⁰⁷ Ont émis un avis identique ou analogue : ZG, SO, BS, BL, AR, TG, NE, CAPS.

¹⁰⁸ LU, OW, ZG, SO, BS, BL, AR, SG, TG.

¹⁰⁹ NE a émis un avis identique (mais sans rejeter la proposition d'art. 344, al. 1 AP-CP), et HSW un avis similaire.

moins atténués. Pour ce même canton, ce projet offre néanmoins l'avantage de donner une base légale plus claire aux activités des autorités fédérales en matière d'investigations.

Quelques participants¹¹⁰ sont opposés à l'octroi de compétences supplémentaires à la Confédération. JDS considère qu'il est peu judicieux d'attribuer des compétences en matière de poursuite pénale à la Confédération à la veille de l'aboutissement du code de procédure pénale unifié. SSDP, Pro Juventute, KD et VIW estiment que les compétences fédérales proposées ne vont pas assez loin (cf. ch. 3).

1.2 Détermination des compétences de la Confédération à la lumière du critère du moyen utilisé

40 participants à la consultation se sont exprimés de manière explicite sur la question de la détermination des compétences de la Confédération à la lumière du critère du moyen utilisé. 26 d'entre eux¹¹¹ estiment judicieux que ces compétences soient déterminées d'après le moyen que constitue le réseau de communications électroniques. Par contre, les cantons de FR et JU ainsi que COMAMAL, UNIGE et l'acin se sont prononcés contre, car le moyen utilisé ne pose pas véritablement de problèmes en rapport avec la détermination des compétences ; ils estiment que seul le genre du délit pourrait être un critère de détermination. De même, UNIL est contre un rattachement au critère du moyen utilisé; elle estime que l'on devrait déterminer les compétences en fonction de la gravité du délit.

1.3 Possibilité d'améliorer l'efficacité des poursuites pénales

De nombreuses réponses¹¹² considèrent les compétences proposées comme susceptibles d'améliorer l'efficacité des poursuites pénales en matière de cyberdélinquance. Cette solution permettrait, en outre, de procéder à un partage des tâches judiciaires entre les autorités, face aux restrictions financières qui n'épargnent ni la Confédération, ni les cantons.

Les cantons de LU, OW et NW ne voient une amélioration de l'efficacité qu'en procédure d'enquête préliminaire.

Pour le canton de BE, ces nouvelles compétences fédérales n'amélioreront l'efficacité de la poursuite pénale que si les cantons peuvent reprendre en toute confiance les résultats des investigations des autorités fédérales.

Les cantons de FR et JU ainsi que la COMAMAL estiment que la solution proposée ne sera guère un facteur d'amélioration car le problème majeur, lors de l'opération Genesis, s'est situé au niveau des fuites dans la presse.

¹¹⁰ JDS, SSDP, Pro Juventute, KD, UNIGE, UNIL, VIW.

¹¹¹ BE, LU, UR, NW, GL, ZG, SO, BS, BL, SH, AR, AG, TG, NE, GE, LPS, CSP, Cp, CFEJ, CCPCS, CSDE, SSDP, FSCI, VIW, Werft22, Zetel

¹¹² ZH, UR, SZ, GL, ZG, SO, BS, BL, AR, SG, AG, TG, TI, PLS, Cp, CCPCS, CSDE, SSDP, FSCI, Werft22.

2. Art. 344, al. 2 AP-CP

La proposition visant à octroyer à la Police judiciaire fédérale la compétence de donner des instructions est rejetée par une large majorité¹¹³ des participants (37), dont 23 cantons. Ce rejet est essentiellement motivé ainsi : sur la base des expériences positives faites au cours des dernières opérations, un droit d'instruction tel qu'il est prévu n'est ni nécessaire ni réalisable et on ne peut concevoir qu'une autorité de police fédérale donne des instructions à des juges d'instruction ou procureurs cantonaux, sans parler de dicter des priorités dans les actes d'investigation. Il ne faudrait pas que la flexibilité des autorités d'investigation et d'enquête cantonales s'en trouve restreinte¹¹⁴. Sept cantons¹¹⁵ redoutent en outre que la Confédération oblige les autorités cantonales à mener des procédures coûteuses qu'elles ne pourraient assumer (notamment dans la perspective de l'indemnisation du préjudice subi).

Les cantons de UR, GL, ZG, BS, BL, AR, TG estiment qu'il sera difficile de mettre en pratique ce droit d'instruction.

Pour le canton du TI, la compétence d'instruction ici proposée est en contradiction avec l'art. 344, al. 1 AP-CP car celui-ci ne touche pas aux compétences cantonales en matière de poursuite pénale.

Une compétence d'instruction de la police judiciaire fédérale à l'égard des organes de police des cantons (éventuellement après consultation préalable) est envisageable pour les cantons de ZG, BS, BL, AR, AG, TG, GE, ainsi que pour le PDC et la SSDP.

Le canton des GR suggère de remplacer « police judiciaire fédérale » par « autorités de poursuite pénale de la Confédération ».

La CFEJ propose de revoir la formulation suivante : « La police judiciaire fédérale peut coordonner les investigations... ».

La FSA demande que la notion d'« instructions » soit remplacée par celle de « recommandations ».

Le canton de LU estime que la proposition de conférer un droit d'instruction à la Confédération n'est judicieuse que pour la coordination de la succession des opérations ou pour l'information des médias, mais pas pour la réalisation de l'ensemble de l'opération¹¹⁶.

Le canton d'AI déclare qu'il ne s'opposerait pas à un droit fédéral d'instruction si celui-ci devait s'avérer indispensable.

¹¹³ TPF, ZH, BE, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, FR, SO, BS, BL, SH, AR, SG, GR, AG, TG, TI, VS, NE, GE, JU, PDC, COMAMAL, JDS, CAPS, SSDP, Pro Juventute, FSA, FSCI, KD, UNIGE, UNIL, VIW, acin.

¹¹⁴ Cette argumentation se retrouve de manière identique ou similaire dans les réponses des participants suivants : TPF, ZH, BE, UR, OW, NW, ZG, FR, SO, BS, BL, AR, GR, AG, TG et CAPS.

¹¹⁵ ZH, ZG, SO, BS, BL, AR, TG.

¹¹⁶ De même le canton d'OW.

Une minorité¹¹⁷ parmi les participants qui approuvent l'avant-projet B se déclare d'accord avec la proposition d'octroyer cette compétence d'instructions à la police judiciaire fédérale.

3. Autres suggestions et remarques

Quatre participants¹¹⁸ approuvent l'idée de donner à la Confédération une large compétence en matière de poursuite pénale des cyberdélits. Pro Juventute et VIW soutiennent la compétence fédérale proposée dans le rapport de la Commission d'experts Cybercriminalité. KD se rallie également à cette solution, tout en demandant une adaptation des nouveaux articles 18^{bis} al. 1, 2^{ème} phrase PPF et 340^{ter}, al. 3 CP que proposait la Commission d'experts Cybercriminalité.

La SSDP propose de créer une compétence fédérale subsidiaire permettant de poursuivre les infractions commises par le canal des médias électroniques, assortie d'une possibilité de délégation à un ou plusieurs cantons. Cela dans les cas suivants : le canton compétent n'est pas encore établi, aucune autorité cantonale de poursuite n'examine encore l'affaire, une autorité cantonale de poursuite pénale en a fait la demande au Ministère public de la Confédération, enfin des motifs importants le requièrent.

Par contre, il y a d'autres participants¹¹⁹ qui s'opposent expressément à une compétence de la Confédération en matière de poursuite pénale.

L'idée de créer un droit de haute surveillance pour la Confédération, tel que l'avait proposé le groupe de travail Genesis dans sa variante 1, est abordée de manière explicite dans certaines réponses. Trois participants¹²⁰ sont favorables à un droit de haute surveillance de la Confédération et huit autres¹²¹ le rejettent.

Pour l'acin, la variante 2 du groupe de travail Genesis semble être une solution appropriée.

Neuf cantons¹²² sont d'avis que lors de la mise en œuvre du présent projet, il conviendra d'accorder une attention particulière à la collaboration entre la Confédération et les cantons lors de l'appréciation des moyens de preuve. À cet effet, il conviendrait de créer un centre de compétences (Confédération) ou plusieurs centres de compétences (la Confédération et les grands cantons) afin d'examiner les supports de données saisis. A ce propos, il ne faudrait pas sous-estimer le personnel supplémentaire et les moyens techniques nécessaires

Trois cantons¹²³ souhaitent que l'on crée un groupe de travail permanent, composé de représentants de la Confédération et des cantons, qui s'occuperait des problèmes de cybercriminalité. Ce groupe de travail se pencherait sur les problèmes en cours et échangerait informations et expérience.

¹¹⁷ PS, UDC, PLS, PEV, PCS, Cp, AllianceF, economiesuisse, FER, FRC, GARP, CCPCS, KF, Limita, CES, CSDE, asut, USIE, ICT, MCI, simsa, Swissfilm, Werft22, Zetel.

¹¹⁸ SSDP, Pro Juventute, KD, VIW.

¹¹⁹ ZH, LU, NW, PLS, PEV, Cp, UNIL, acin.

¹²⁰ CFEJ, FSCI, Werft22.

¹²¹ LU, ZG, BS, BL, TG, NE, PLS, Cp.

¹²² ZH, OW, ZG, FR, SO, BS, BL, AR, TG.

¹²³ LU, OW, NW.

Afin de fixer la compétence cantonale, trois participants¹²⁴ suggèrent de compléter l'art. 14 LSCPT de sorte que les prestataires d'accès soient aussi tenus d'informer les autorités fédérales quant au canton de localisation d'un numéro IP. Une disposition de ce type pourrait également servir de base légale pour le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI). Par ailleurs, le canton d'AG et la CFEJ se prononcent en faveur d'un renforcement du SCOCI¹²⁵.

Le canton d'UR suggère d'améliorer la communication entre le Service des tâches spéciales du DETEC et les cantons. A son avis, certaines autorités d'instruction pénale des cantons seraient insuffisamment informées des modifications survenant (par ex. les nouveaux formulaires).

De l'avis du canton de LU, la poursuite de la cybercriminalité serait grandement facilitée si en amont, la consommation de pornographie dure était punissable.

Le canton de SH est d'avis que la poursuite pénale pourrait être améliorée si la Confédération informait les cantons et les associant aux investigations suffisamment tôt.

Le canton du TI souhaite que les cantons bénéficient d'un appui technique de la part de la police judiciaire fédérale et que les informations des prestataires aux autorités de justice soient gratuites.

Pour les cantons de NE et GE, l'entraide judiciaire occupe une place majeure dans la lutte contre la cybercriminalité. Ces deux cantons espèrent que la Convention du Conseil de l'Europe entrera bientôt en vigueur. Le PCS et economiesuisse soulignent la dimension internationale de cette forme de criminalité, laquelle requiert une coopération à grande échelle, entre autres avec les autorités de poursuite pénale étrangères.

La FSCI suggère qu'une meilleure formation permettrait d'améliorer la poursuite pénale, pour cette formation, on pourrait, le cas échéant, faire appel au savoir-faire de collaborateurs externes et à des experts étrangers.

Selon Werft22, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure les instruments nécessaires à la poursuite pénale ne pourraient pas être aussi mis en œuvre dans une perspective de prévention et comment permettre une collaboration dans ce sens avec les prestataires.

¹²⁴ FR, JU, COMAMAL.

¹²⁵ De même MCI.