

Schutz der Privatheit: ein Menschenrecht, das der Stärkung bedarf

Beat Rudin

Dr. iur., Stiftung für Datenschutz und Informationssicherheit, Lehrbeauftragter an der Universität Basel, Basel

Der Schweiz, auf Bundes- und v.a. auf kantonaler Ebene, steht ein wichtiger Schritt beim Schutz der Privatheit bevor. Ausgelöst wird dieser Schritt durch zwei Vorgänge: durch den Beitritt der Schweiz zu Schengen/Dublin einerseits und durch die Ratifizierung des Zusatzprotokolls zur Europarats-Konvention 108 zum Datenschutz durch die Schweiz andererseits. Nur schon diese Auslöser zeigen, dass es beim Schutz der Privatheit – beim «Datenschutz» – keineswegs um eine schweizerische Besonderheit handelt.

Teil des europäischen Menschenrechtsfundus

Zwar wird zuweilen behauptet, das (Bundes) Datenschutzgesetz sei ein «Kind der Fischenaffäre» (so etwa alt Oberrichter RICHARD FRANK, NZZ vom 18. Januar 2006, S. 15), und damit beiläufig suggeriert, es sei an der Zeit, die in deren Gefolge erlassenen übertriebenen Datenschutzbestimmungen wieder aufs «Normalmass» zurückzustutzen – die BWIS-Revisionsvorschläge lassen grüssen. Aber erstens reichen die gesetzgeberischen Bemühungen, auf Bundesebene wie in den Kantonen, bis in die 1970er Jahre zurück, als erkannt wurde, dass die Informationstechnologie unerwünschte Auswirkungen auf die Persönlichkeitsrechte zeitigen kann. Zweitens gehört der Schutz der Privatheit heute zum Menschenrechtsfundus. In der Informationsgesellschaft, wo Information zur wertvollen Ressource wird, wird die Privatheit der Menschen zum gefährdeten Gut. Deshalb hat auf europäischer Ebene der Schutz personenbezogener Daten im Jahr 2000 Eingang gefunden in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. In ihrem Artikel 8 proklamiert diese – auf jeden Fall deutlich treffender als der verunglückte Art. 13 Abs. 2 BV – ein Recht jeder Person auf Schutz der sie betreffenden Personendaten und konkretisiert in griffiger Formulierung auch den Kern der daraus

entstehenden Pflichten und Rechte: Personenbezogene Daten dürfen nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden; jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken, und schliesslich muss die Einhaltung dieser Vorschriften von einer unabhängigen Stelle überwacht werden. Die Bestimmung ist als Teil der Grundrechts-Charta auch in den Entwurf der Verfassung für Europa (Artikel II-8) übernommen worden.

Kein schweizerisches Sonderzüglein

Auch die europäischen Verfassungsstaaten gewähren dem Schutz der Privatheit also Grundrechtsqualität. Die Schweiz fährt damit keineswegs ein Sonderzüglein. Erst recht kann man aber nicht sagen, die Schweiz gehe in diesem Bereich weiter als die anderen europäischen Staaten. Das zeigt der Handlungsbedarf angesichts der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin und der Ratifikation des Zusatzprotokolls zur Europarats-Datenschutz-Konvention 108 deutlich.

Die verfassungsrechtliche Kompetenzlage

Das föderalistische System der Schweiz bringt es mit sich, dass für die Regelung des öffentlichrechtlichen Datenschutzes – also für das Bearbeiten von Personendaten durch öffentliche Organe – nicht allein der Bund zuständig ist. Das wird zuweilen übersehen. Wenn etwa RICHARD FRANK (a. a.O. und DERS., Datenschutz nicht ohne Persönlichkeitsschutz, in: SJZ 2004, 329 ff.) meint, dass die Artikel 11 und 12 des Bundesdatenschutzgesetzes anwendbar seien, weil die kantonalen Behörden keine Bundesorgane seien, übersieht er offensicht-

Résumé: *Avec l'avènement de la société de l'information, qui fait des données une ressource précieuse, la vie privée est toujours plus menacée. Sa protection relève pourtant en Europe des droits de l'homme. En raison de la ratification du protocole additionnel à la Convention 108 du Conseil de l'Europe et des accords d'association à Schengen/Dublin, la Confédération et les cantons se trouvent à la veille d'une étape importante. Les cantons doivent notamment adapter leurs lois sur la protection des données à la nouvelle donne. En particulier, le contrôle sur la mise en oeuvre de la protection des données doit gagner en efficacité et en indépendance. La majorité des organes de contrôle cantonaux n'est actuellement pas en mesure de répondre à ces exigences. Les gouvernements cantonaux, qui craignaient que les accords d'association Schengen/Dublin ne conduisent à un Etat policier, sont maintenant contraints de veiller et à l'efficacité de la coopération policière et au respect des droits fondamentaux. En effet, la protection des données sort elle aussi renforcée de ces accords.*

En point de mire Im Brennpunkt

Rudin | Schutz der Privatheit: ein Menschenrecht, das der Stärkung bedarf

Zusammenfassung: *In der Informationsgesellschaft, wo Information zur wertvollen Ressource wird, wird die Privatheit der Menschen zum gefährdeten Gut. Ihr Schutz gehört heute zum europäischen Menschenrechtsfundus. Der Schweiz, dem Bund und den Kantonen, steht wegen der Ratifizierung des Zusatzprotokolls zur Europaratskonvention 108 und der Assoziierung zu Schengen/Dublin ein wichtiger Schritt bevor. Die Kantone müssen ihre Datenschutzgesetze an die neuen Anforderungen anpassen. Insbesondere muss die Datenschutzkontrolle in ihrer Unabhängigkeit und Wirksamkeit entscheidend gestärkt werden. Die Mehrzahl der heutigen kantonalen Kontrollstellen vermag die Anforderungen in keiner Weise zu erfüllen. Die Kantonsregierungen, welche im Vorfeld der Schengen/Dublin-Abstimmung Ängsten vor einem Polizeistaat entgegengehalten haben, auch der Datenschutz werde mit Schengen/Dublin gestärkt, sind nun in der Pflicht, für den Grundrechtsschutz ebenso zu sorgen wie für die Effizienz der Polizeizusammenarbeit.*

lich, dass das Bundesgesetz mangels einer Kompetenznorm zum Datenschutz in der Bundesverfassung nur für Bundesorgane und Private Regeln aufstellen kann. Für das Datenbearbeiten durch kantonale und kommunale Behörden (im konkreten Fall etwa bezüglich der EDK-Liste pädophiler Lehrer) müssen dann eben die Kantone die nötigen datenschutzgesetzlichen Bestimmungen erlassen. Und genau das muss nun auch aufgrund der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin und wegen der Ratifikation des Zusatzprotokolls zur Europarats-Datenschutz-Konvention 108 geschehen, wie es auch der Bundesrat in den Botschaften zu den Bilateralen II (BBl 2004 6175 ff und 6181 ff.) sowie zur DSG-Revision und Ratifikation des Zusatzprotokolls zur Europarats-Konvention 108 (BBl 2003 2148 f.) festgehalten hat.

Checks and balances

Die Assoziierung der Schweiz zu Schengen/Dublin bringt eine massive Verstärkung der polizeilichen Datenbearbeitungen durch die Zusammenarbeit mit den anderen europäischen Staaten. Allein mit dem Anschluss ans Schengener Informationssystem (SIS) haben die Polizeibehörden Zugriff auf eine Datenbank mit mehreren Millionen Einträgen und können ihre Ausschreibungen von Personen oder Sachen mit einem Schlag in einem europäischen Fahndungsraum von letztlich 27 Schengen-Staaten und etwa 450 Millionen Einwohnern verbreiten. Dementsprechend haben im Vorfeld der Volksabstimmung über den Beitritt zu Schengen/Dublin die Sicherheitsbehörden massiv für eine Zustimmung geworben. Fast unisono haben die Kantonsregierungen die Vorteile für die Sicherheit hervorgehoben. Allerdings hat Schengen/Dublin auch Befürchtungen vor einer Entwicklung zum Polizeistaat geweckt. Diesen Befürchtungen wurde entgegengehalten, dass mit Schengen/Dublin auch der Schutz der Privatheit entscheidend verstärkt würde. Damit sind die Kantone nun in der Pflicht, für einen effektiven Datenschutz zu sorgen. Dass das nicht einfach mit Worten geschehen kann, dafür sorgt die Tatsache, dass Schengen/Dublin für die Schweiz erst nach einer Prüfung durch die EU «freigeschaltet» wird. Einer der Prüfungspunkte ist die Umsetzung der Datenschutzvorgaben.

Handlungsbedarf bei der Kontrolle

Handlungsbedarf besteht bei den Kantonen zum Teil im gesetzgeberischen Bereich, weil

noch nicht alle kantonalen Datenschutzgesetze dem geforderten formellen und materiellen Standard genügen. Vor allem aber werden – im Bund und in den Kantonen – an die Wirksamkeit der Datenschutzkontrolle deutlich höhere Anforderungen gestellt. So wird die Unabhängigkeit der Kontrollstelle weit höher gewichtet als bisher in der Schweiz üblich. Entsprechend werden fast überall in Europa die Kontrollstellen durch die Parlamente auf eine feste Amtsdauer gewählt. In der Schweiz ist es gang und gäbe, dass die Exekutive – also die Spitze der zu kontrollierenden Verwaltung – die Kontrollstellen mit einem jederzeit kündbaren Arbeitsvertrag anstellt. Ausserdem wird von der Datenschutzkontrolle eine kompetente und aktive Kontrolltätigkeit vorausgesetzt. Dieser Anforderung kann die überwiegende Mehrheit der heutigen kantonalen Datenschutzaufsichtsstellen bei weitem nicht entsprechen. Sie können mit ihren wenigen Stellenprozenten gerade mal reaktiv tätig werden, wenn ein Begehren an sie herangetragen wird. Eine anlassfreie Kontrolle ist praktisch unmöglich. Ausserdem braucht eine wirksame Kontrolle auch Fachkompetenz. Wer ein IT-System kontrollieren will, darf nicht bloss ein guter Jurist sein. Wer die Polizeiarbeit im Bereich Schengen/Dublin kontrollieren soll, darf nicht bloss das kantonale Datenschutzgesetz kennen. Wer im Bereich der Biobanken in den Pathologischen Abteilungen eines Kantonsspitals kontrollieren soll, muss sich gewisse Kenntnisse im Humanforschungsbereich aneignen können. Mit der Teilnahme an einer zweitägigen Weiterbildungsveranstaltung ist aber bei einem 10%-Pensum das Monatslohn bereits «verbraucht»...

Unabhängigkeit und Effektivität – keine exotischen Anforderungen

Nun sind die Anforderungen der Unabhängigkeit und Effektivität einer Kontrolle nicht eine Spezialität des Datenschutzrechts – und ihre Umsetzung kann sich an vergleichbaren Institutionen orientieren. Bei den Finanzkontrollen etwa stellen sich die gleichen Fragen nach der institutionellen Sicherstellung der Unabhängigkeit und Wirksamkeit (vgl. etwa PAUL BRÜGGER, Zum Wesensgehalt der Unabhängigkeit oberster Finanzaufsichtsorgane, in: ZBl 2006, 1 ff.). Die Lösungswege sind also weitgehend vorgezeichnet. Was es nur noch braucht, ist der Wille, die Versprechen einzulösen und dem Schutz der Freiheit und der Privatheit ebenfalls die nötigen Befugnisse und Ressourcen zur Verfügung zu stellen. ■

La liberté religieuse et le droit de critiquer

Denis Barrelet

Professeur de droit de la communication aux Universités de Neuchâtel et Fribourg, président de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, Detligen

L'histoire de la Suisse a été parsemée de violentes et sanglantes confrontations dues à la religion. La Suisse moderne créée en 1848 est issue du dernier conflit de ce genre. C'est précisément la modernité– le respect de l'individu et de ses droits, dûment inscrits dans la Constitution fédérale– qui a fait que la Sonderbund est resté l'ultime conflit religieux dans ce pays. Dans cette rédaction de la modernité, on a surtout visé d'abord la paix religieuse. C'est en 1874 que la liberté religieuse a pris l'aspect individuel qu'on lui connaît.

L'article 15 de la Constitution de 1999 garantit la liberté de conscience et de croyance. Il a son pendant dans l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. La question de savoir si le texte de 1999 élargit celui qu'on trouvait dans la Constitution de 1874 est controversée; à la religion, il ajoute en effet les convictions philosophiques. Quoi qu'il en soit, tout individu a le droit de professer sa foi, individuellement ou avec sa communauté, indépendamment de l'importance de cette dernière. Il a le droit de le faire par des actes de culte, en s'habillant d'une certaine manière (par exemple en portant un foulard islamique, ATF 123 I 296), en interdisant à une jeune fille de se présenter en maillot de bain devant des personnes de l'autre sexe (ATF 119 Ia 178) ou en respectant des règles alimentaires. Il a le droit qu'on ne lui impose pas des actes ou un enseignement religieux.

La liberté religieuse implique-t-elle qu'on ne soit pas critiqué par autrui et que certaines règles importantes de votre propre religion soient respectées par les adeptes des autres religions?

Si on mettait les religions sous cloche en traquant ceux qui se permettent de douter de leur bien-fondé, ce n'est pas seulement la liberté d'opinion qui serait mise en cause, mais également la liberté de religion. Celle-ci, d'une part, protège aussi les athées, les agnostiques, les sceptiques et les indifférents; d'autre part, elle suppose que chaque religion a le droit de se considérer comme la meilleure et de le faire savoir.

Si l'Etat allait jusqu'à faire d'une règle faisant partie du credo d'une religion une règle générale valable pour le pays entier, par souci de respecter cette religion, il sortirait là aussi du cadre des droits individuels, en portant un coup à la liberté religieuse et à la liberté d'opinion. Plus concrètement: en décrétant qu'il n'est pas admissible de faire des dessins ou des caricatures du prophète Mahomet en arguant du fait que de telles représentations sont interdites par l'Islam, l'Etat remettrait en cause l'un de ses fondements.

Les dispositions pénales

Des lois existent néanmoins en Suisse pour protéger les religions contre le fait de particuliers. Il y a d'une part les articles 261 et 261^{bis} du code pénal. Il y a d'autre part la loi sur la radio et la télévision.

L'article 261 punit de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende celui qui, «publiquement et de façon vile, aura offensé ou bafoué les convictions d'autrui en matière de croyance». Cet article, qui fait partie du code pénal depuis ses débuts en 1942, figure dans le titre protégeant la paix publique. Il est d'un usage peu fréquent. Pour le cinéma, on l'appliquera si le film dans son ensemble veut bafouer les convictions religieuses d'autrui. Pour un tableau, on considérera que l'auteur a agi «de

Zusammenfassung: *Der Aufschrei nach der Publikation der 12 Mohammed-Karikaturen im September 2005 in einer dänischen Zeitung lässt die Frage nach dem Gehalt der religiösen Freiheit und der Meinungsäußerungsfreiheit folgen. Bereits seit 1942 stellt das Strafgesetz die Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit unter Strafe, wenn sie in gemeiner Weise vorgenommen wurde. Und seit 1995 wird auch die Diskriminierung einer Person oder einer Gruppe wegen ihrer Religion bestraft, wenn diese in einer gegen die Menschenwürde verstoßenden Weise erfolgte. Der Staat kann auch auf der Basis des Radio- und Fernsehgesetzes intervenieren, wenn Sendeinhalte zentrale Glaubensgrundsätze verletzen. Diese sicherlich gerechtfertigten Normen müssen weiterhin in einer sehr restriktiven Art und Weise ausgelegt werden.*

En point de mire Im Brennpunkt

Barrelet | La liberté religieuse et le droit de critiquer

Résumé: *L'incendie déclenché par la publication de douze caricatures de Mahomet en septembre 2005 dans un quotidien danois soulève des questions sur l'étendue de la liberté religieuse et de la liberté d'opinion. Depuis ses débuts en 1942, le code pénal est soucieux de préserver la paix religieuse et punit les offenses faites publiquement «de façon vile». Depuis 1995, il punit également le fait d'abaisser une personne ou un groupe en raison de sa religion d'une manière «qui porte atteinte à la dignité humaine». Sur la base de la loi sur la radio et la télévision, l'Etat peut également intervenir lorsqu'il y a atteinte notable à un contenu essentiel de la foi. Justifiées en soi, ces dispositions doivent continuer d'être interprétées très restrictivement.*

façon vile» s'il a peint un cochon sur la croix du Christ (RSJ 1971, p.227).

L'article 261^{bis}, plus sévère, a été introduit en 1995 à la suite d'une votation populaire pour permettre à la Suisse d'adhérer à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. S'il s'était agi de religion seulement, cette disposition n'aurait sans doute jamais vu le jour. Elle punit d'emprisonnement ou de l'amende les comportements suivants lorsqu'ils visent une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse: inciter à la haine ou à la discrimination; propager publiquement une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer systématiquement; organiser ou encourager des actions de propagande; abaisser ou discriminer publiquement, par le parole, l'écriture, l'image ou le geste, d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine.

Cette disposition est assez étroite pour qu'on ne jette pas en prison tout dessinateur de presse. Un dessin de Mahomet, même de mauvais goût, ne pourrait pas être poursuivi sur cette base, les Musulmans n'étant pas abaissés «d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine». Si on a pu - et que certains peuvent encore - s'interroger sur la justification de l'article 261^{bis}, on doit considérer que la restriction à la liberté d'opinion en particulier n'est pas disproportionnée si les tribunaux continuent à lui donner l'interprétation voulue par ses auteurs.

Les restrictions à la radio et à la télévision

Si, mis à part ces deux dispositions, l'Etat ne dispose d'aucun moyen pour réagir à des articles de presse ou à des dessins en matière de religion, il a une autre possibilité encore d'intervenir en matière de médias électroniques. Ainsi le veulent l'article 93 de la Constitution et la loi sur la radio et la télévision qui s'y rattache lorsqu'ils parlent surveillance des programmes. Une telle surveillance se justifie en particulier lorsqu'il

s'agit de diffuseurs dits de service public. Ces diffuseurs ont des droits et des obligations qui font qu'on doit pouvoir s'interroger sur la manière dont ils respectent les grands principes guidant la confection des programmes, parmi lesquels on range la défense des valeurs culturelles importantes.

Depuis qu'elle a été créée en 1984, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) a toujours considéré que le respect des convictions religieuses fait partie de ces grands principes. Mais elle a également admis que seuls les contenus essentiels de la foi méritaient protection. Les institutions et les personnes, eux, y échappent. C'est ainsi que l'AIEP a admis les moqueries les plus violentes ou même scabreuses contre le Pape ou l'évêque de Coire de l'époque. En revanche, elle est intervenue contre une émission satirique montrant un prêtre s'approchant d'une cage de singes, une banane à la main qu'il faisait passer pour une hostie (JAAC 1997/61.67, *Viktors Spätprogramm*).

Depuis 2003, l'AIEP est un peu plus libérale. Concernant l'émission radiophonique *La Soupe est pleine* traitant assez crûment la résurrection du Christ de poisson d'avril, l'AIEP a estimé que seules les atteintes *notables* à des contenus essentiels de la foi sont désormais illicites et que l'atteinte, en l'occurrence, était atténuée par divers facteurs (JAAC 2004/68.27; *Medialex* 2003, p.181 et la critique de Bertil Cottier). Est considéré comme atteinte notable un sketch ridiculisant l'eucharistie et chacun de ses actes, en montrant à la fin le prêtre utilisant un spray buccal (décision du 4 février 2005, *Comedy in Casino*).

Selon l'article 35 de la Constitution, «les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux». Les dispositions susmentionnées sont donc justifiées. Le tout est de ne pas les interpréter au point de faire du religieux un terrain tabou, par la force de la jurisprudence et de l'autocensure qui pourrait s'installer. ■

Annonces publicitaires à caractère pornographique: la responsabilité de l'éditeur

Vesna Stanimirovic

Lic. en droit, Master of Advanced Studies in Business-Law-MBL, Responsable juridique d'Edipresse, Lausanne

Il peut arriver que les éditeurs de presse publient dans leurs titres des annonces publicitaires dont l'objet est d'inciter à télécharger ou à consulter des images ou des films vidéo, par l'intermédiaire d'Internet, de téléphones portables ou d'autres moyens de communication. Certains des contenus ainsi promus peuvent être à caractère pornographique, réprimés par l'art. 197 CP. En facilitant par la diffusion d'annonces l'accès à des images pornographiques, en particulier si ces dernières sont accessibles aux mineurs, l'éditeur pourrait engager sa responsabilité pénale.

L'article 197 CP poursuit trois objectifs principaux:

- La protection de la jeunesse contre la pornographie
- La protection de la liberté de chacun de refuser la pornographie
- L'interdiction de la pornographie dure, même à l'égard d'adultes consentants

La notion de pornographie est une notion juridique indéterminée, qui offre une place importante à l'interprétation. Selon les conceptions courantes, est pornographique la représentation de la sexualité comme une activité qui est totalement détachée de tout contexte émotionnel (Message du Conseil fédéral, FF 1985 II 1105). Les actes d'ordre sexuel avec des enfants (personnes de moins de 16 ans), des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence sont considérés comme de la pornographie dure. La prise en dépôt, la promotion, la transmission et la mise à disposition notamment d'objets ou de représentation de ces actes sont totalement interdites à qui que ce soit en vertu de l'art. 197 ch.3 CP.

Dans tous les autres cas de pornographie, celle-ci doit être qualifiée de douce. Elle n'est pas réprimée sauf si elle est rendue accessible à une personne de moins de 16 ans, quel que soit le procédé. L'article 197 ch.1 CP

institue une infraction de mise en danger abstraite; il n'est dès lors pas nécessaire que le développement de l'enfant ait été effectivement compromis par la confrontation au matériel pornographique. L'acte constitutif de l'infraction est le fait même de rendre accessible du matériel pornographique à des jeunes de moins de 16 ans. Peu importe s'ils en ont effectivement pris connaissance ou non.

Peut-on dès lors en déduire que la publication d'une annonce pour un site Internet à contenu pornographique et accessible facilement à des jeunes (p.ex. un site gratuit) constitue une infraction? Qu'en est-il d'une annonce incitant au téléchargement d'images ou de vidéos sur les téléphones portables par le biais de l'envoi d'un sms payant?

Responsabilité des prestataires de services

Il convient d'appliquer les règles générales de responsabilité aux auteurs et aux participants des délits visés par l'article 197 CP, à l'exclusion des règles s'appliquant aux délits de média (le Tribunal fédéral a statué que toute infraction consommée sous forme de publication dans un média ne constitue pas nécessairement un délit de média. Dans cet arrêt, il mentionne explicitement que la pornographie dure n'est pas à compter parmi les délits de média [ATF 125 IV 211]. Conformément aux art. 27 et 322^{bis} CP, les délits de média sont soumis à un régime spécial de responsabilité quant à la participation au processus de publication). Ainsi, est responsable, en tant qu'auteur du délit, celui dont dépend directement l'existence et le contenu du site, de la vidéo ou en encore de l'image litigieuse (fournisseur de contenus). Une éventuelle responsabilité pénale est encourue à titre principal par l'annonceur lui-même pour le cas où il n'a pas pris des mesures efficaces pour empêcher que des jeunes de moins de 16 ans accèdent à des représenta-

Zusammenfassung: Der Beitrag beleuchtet die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Herausgebers bei der Publikation von Annoncen mit pornographischem Inhalt, welche auch Minderjährigen zugänglich sind. Die Expertenkommission zur Internetkriminalität schlägt eine Regelung zur Verantwortlichkeit der Anbieter von solchen Dienstleistungen vor. Davon ausgehend, dass der Hersteller der entsprechenden Inhalte eine strafrechtliche Verantwortung für Internet-Seiten, Videos oder pornographische Bilder hat, geht die Kommission davon aus, dass auch der Zugangsanbieter unter bestimmten Voraussetzungen verantwortlich sein kann, sei es als Mittäter oder Gehilfe. So ist es denn auch denkbar, dass die Gerichte einen Herausgeber einer Zeitschrift oder Zeitung der Verletzung von Artikel 197 StGB wegen Veröffentlichung von Annoncen mit pornographischen Inhalt verurteilen könnten. Die Herausgeber sollten deshalb bereits jetzt entsprechende Massnahmen ergreifen.

En point de mire Im Brennpunkt

Stanimirovic | Annonces publicitaires à caractère pornographique: la responsabilité de l'éditeur

Résumé: La présente contribution soulève la problématique de l'éventuelle responsabilité pénale de l'éditeur lorsque, par la diffusion d'annonces publicitaires, il favorise l'accès à des images pornographiques, en particulier si celles-ci sont accessibles aux mineurs. La commission d'experts «cybercriminalité» propose une réglementation de la responsabilité des prestataires de services. S'il est logique que le fournisseur de contenus encourt une responsabilité pénale principale pour sites, vidéos ou images pornographiques, les experts estiment que le fournisseur d'hébergement, voir le fournisseur d'accès, peut à certaines conditions être lui-même passible de sanctions pénales, en tant que coauteur, instigateur ou complice. Par conséquent, il n'est pas exclu que les tribunaux viennent à considérer qu'un éditeur qui diffuse des annonces permettant d'accéder à des représentations pornographiques se rend coupable de complicité d'infraction à l'art. 197 CP. C'est pourquoi, il est recommandé à l'éditeur de prendre des mesures préventives afin d'éviter d'engager sa responsabilité pénale.

tions de pornographie douce. Bien entendu, il encourt une responsabilité pénale dans tous les cas et à titre principal dès qu'il s'agit de pornographie dure.

En revanche, il reste beaucoup d'incertitudes pour ce qui concerne la responsabilité pénale du fournisseur d'hébergement (celui qui met à la disposition du fournisseur de contenus une certaine capacité de mémoire) et du fournisseur d'accès (celui qui permet aux utilisateurs finaux l'accès à Internet ou à un autre service multimédia). Un projet de loi qui a pour objectif la lutte contre les infractions commises sur les réseaux de communication électronique est en consultation aux Chambres actuellement. Ce projet de loi qui a pour objectif la lutte contre les infractions commises sur les réseaux de communication électronique est issu des travaux de la commission d'experts «cybercriminalité», instituée par le DFJP en 2001 (www.rhf.admin.ch/themen/netzwerkkrim/ber-netzwerkkrim-f.pdf). Le projet de loi tend en premier lieu à réglementer la responsabilité pénale des différents prestataires de service pour les contenus illégaux.

Le projet de loi prévoit que le fournisseur de contenus est toujours punissable en tant qu'auteur de contenus illégaux, ce que prévoit déjà le droit pénal actuel. Le fournisseur d'hébergement est passible de sanctions pénales, en tant que coauteur, instigateur ou complice, lorsqu'il tolère intentionnellement que l'on charge sur son serveur des informations illégales. Toutefois, s'il n'apprend qu'ultérieurement que les données stockées sur son serveur constituent des contenus illégaux, il ne sera punissable que s'il omet d'en prévenir l'utilisation ou de transmettre aux autorités de poursuite pénale les avertissements qui lui auront été adressés à ce propos par des tiers. Quant au fournisseur d'accès, il est également punissable en tant que coauteur, instigateur ou complice, s'il a participé activement à l'infraction commise par le fournisseur de contenu. En revanche, s'il s'est borné à assurer l'accès à l'utilisateur à Internet selon un procédé entièrement automatisé, il doit rester exempt de toute sanction pénale.

Responsabilité de l'éditeur?

En règle générale, l'éditeur est responsable de l'annonce elle-même, à savoir la représentation qu'elle prend dans la publication. Tant

que l'annonce elle-même ne contient pas de représentation pornographique, la responsabilité pénale de l'éditeur ne devrait pas être engagée, du moins pas à titre principal. Dans ce contexte, toute représentation de la sexualité ou toute évocation érotique ne doit pas d'office être assimilée à de la pornographie. Des petites images humoristiques à caractère sexuel ou des images de femmes sexy dénudées ne sauraient, à notre avis, entrer dans la définition de la pornographie. C'est à l'annonceur de prendre les mesures matérielles nécessaires (ex: code, numéro de carte de crédit, etc) pour s'assurer que la personne qui consulte le site Internet ou télécharge une image est âgée de plus de 16 ans. De telles mesures n'incombent pas à l'éditeur.

Néanmoins, à l'instar de ce qui est prévu par le projet de loi quant aux fournisseurs d'hébergement et d'accès, il n'est pas possible d'exclure de manière absolue une éventuelle responsabilité pénale de l'éditeur. En effet, celui-ci pourrait le cas échéant être considéré comme contribuant à favoriser ou faciliter l'accès à la pornographie en laissant paraître dans des quotidiens ou magazines accessibles au grand public des annonces contenant des indications (URL de sites Internet, numéros de sms pour téléchargement d'images et de vidéos) permettant d'accéder à des contenus pornographiques. Si l'attention de l'éditeur est attirée par un tiers sur le fait que les annonces permettent l'accès à des représentations de pornographie dure ou que des mineurs ont eu accès à des représentations pornographiques douces, il doit, à notre sens, non seulement informer l'annonceur de l'illicéité du site Internet promu dans son annonce ou des images qui sont accessibles par le biais du portable par exemple, mais il devrait aussi refuser (à l'avenir) de telles annonces.

Conclusion

Le risque existe que les tribunaux considèrent qu'un éditeur qui diffuse des annonces permettant d'accéder à des représentations pornographiques dures se rend coupable de complicité à l'infraction de l'article 197 ch. 3 CP. De plus, il n'est pas exclu que les juges viennent à considérer que l'éditeur favorise l'accès à la pornographie dans la mesure où des jeunes de moins de 16 ans peuvent être tentés, au vu des annonces publiées, de télécharger sur leur téléphones portables des

En point de mire Im Brennpunkt

Stanimirovic | Annonces publicitaires à caractère pornographique: la responsabilité de l'éditeur

images et vidéos à caractère pornographique ou de consulter des sites Internet comportant un contenu similaire.

Aussi est-il préférable pour l'éditeur de prendre des mesures préventives afin d'éviter au maximum d'engager sa responsabilité pénale. Aussi est-il vivement recommandé à l'éditeur de:

- Prévoir des procédures de contrôle ponctuel. Evidemment, tous les sites ou services ne pourront pas être contrôlés mais il serait judicieux de faire des vérifications par sondage (sites ou services gratuits ou cartes de crédit demandées, quel contenu: pornographie douce ou dure?).
- Dans tous les cas prévoir une sorte de décharge à faire signer aux annonceurs (acceptation des conditions générales), par laquelle ils

s'engagent à ce que leurs sites ou services ne contiennent dans tous les cas aucune représentation de pornographie dure. En matière de pornographie douce, les annonceurs doivent s'engager à prendre les mesures matérielles nécessaires (ex: code, no de carte de crédit) pour s'assurer que la personne qui a accès au site est âgée de plus de 16 ans

- Refuser la parution d'annonces:
 - pour lesquelles existent de forts soupçons qu'elles facilitent l'accès à des représentations de pornographie dure.
 - qui facilitent l'accès à des contenus de pornographie douce, si l'annonceur ne veut pas mettre en place des mesures de contrôle pour interdire l'accès à des jeunes de moins de 16 ans. ■

D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

Bundesrat verabschiedet revidierte Strategie für eine Informationsgesellschaft

Der Bundesrat hat seine Strategie für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz aus dem Jahr 1998 revidiert. Neu setzt er seine Schwerpunkte bei der elektronischen Verwaltung (eGovernment) sowie beim Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien im Gesundheitswesen (eHealth). Überdies hat der Bundesrat vom 7. Bericht der Koordinationsgruppe Informationsgesellschaft (KIG-Bericht) Kenntnis genommen.

Die Strategie für eine Informationsgesellschaft hat zum Ziel, die Informations- und Kommunikationstechnologien zum Nutzen aller einzusetzen. Sie ist primär für den Bund handlungsrelevant. Da viele Themen der Informationsgesellschaft im Kompetenzbereich der Kantone liegen oder kompetenzübergreifend sind (eGovernment, Bildung etc.), legt der Bundesrat besonderen Wert auf die Zusammenarbeit und Abstimmung mit anderen staatlichen Ebenen.

Die Strategie umfasst sieben Grundsätze für die folgenden Massnahmenbereiche: Wirtschaft, Sicherheit und Vertrauen, Demokratische Meinungs- und Willensbildung, Elektronische Verwaltung, Bildung, Kultur sowie Gesundheit und Gesundheitswesen. In vielen dieser Bereiche sind seit 1998 Umsetzungsarbeiten in Gang, viele Ziele wurden bereits erreicht. Der Bundesrat hat nun entschieden, welche Gebiete neu zu bearbeiten sind und wo er in Zukunft

die Prioritäten sieht. So soll im Bereich der elektronischen Verwaltung eine schweizweite Strategie für den elektronischen Behördenverkehr (eGovernment) formuliert werden. Hierbei soll der Einsatz von IKT ermöglichen, dass staatliche Dienstleistungen transparent, effizient, kostengünstig und in guter Qualität angeboten werden können. Damit will der Bundesrat die Schweiz hinsichtlich eGovernment im internationalen Vergleich in die Spitzengruppe bringen. Zudem sollen auf Bundesebene ein Konzept und ein Aktionsplan erarbeitet werden, um den standardisierten Umgang mit elektronischen Daten und Dokumenten von ihrer Entstehung bis zur Archivierung zu gewährleisten.

Effizienz- und Effektivitätssteigerung durch den Einsatz von IKT verspricht sich der Bundesrat auch im Gesundheitswesen. In einem neu behandelten Bereich Gesundheit und Gesundheitswesen soll unter Einbezug der Versicherten- bzw. Gesundheitskarte ebenfalls eine nationale Strategie mit weiteren Umsetzungsmassnahmen erarbeitet werden.

Der interdepartementale Ausschuss Informationsgesellschaft (IDA IG), welcher seit 1998 die Umsetzungsarbeiten des Bundes zu diesem Thema koordiniert, hat die Strategierevision im Mai 2004 unter Einbezug zahlreicher Fachpersonen von Bund, Kantonen (KDK, EDK, GDK etc.), der Wissenschaft (ETH, Uni ZH, Idhéalp etc.) sowie von Interessenorganisationen (Economiesuisse, comunica-ch etc.) erarbeitet. Im IDA IG sind alle Departemente sowie die Bundeskanzlei vertreten. Den Vorsitz hat das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM). Ebenfalls im BAKOM ist die Koordinationsstelle Informationsgesellschaft angesiedelt. ■

media
L E X

1/06
9