



*Avocat et Notaire*

*Conseiller en protection des données HEIG-VD*

*Information Security Lead Auditor ISO 27001 :2013*

*Security Management Lead Implementer ISO 27001 :2013*

*Certified Lead Privacy Implementer ISO 29100*



## **PETIT GUIDE DE PROTECTION DES DONNÉES, DE TRANSPARENCE & DE DROIT DE LA COMMUNICATION LORS D'ÉLECTIONS**

à l'attention des candidats, administrations publiques et électeurs



### **1. La publicité politique (courrier, courriel, fax, SMS...) : ses règles et ses limites**

La tentation est grande d'accroître le nombre d'électeurs potentiels en recourant à un envoi massif de courriers, de courriels, de SMS ou de messages, par le biais des réseaux sociaux notamment. Or, il existe des règles, souvent méconnues, qui s'appliquent dans le cadre d'envois de masse de ce type.

Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2007, la législation suisse (article 3 lettre o de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, abrégée ci-après LCD<sup>1</sup>), n'autorise l'envoi en masse et automatique de messages qu'à la condition expresse que les destinataires aient explicitement consenti à les recevoir (système dit de l'opt-in<sup>2</sup>). Concrètement, cela signifie qu'à moins qu'un électeur ait préalablement manifesté son accord, il ne saurait être question qu'il reçoive une quelconque sollicitation d'un candidat à une élection. De surcroît, l'expéditeur d'un message doit être nommément mentionné ou, à tout le moins, une personne de contact<sup>3</sup>.



Dans le contexte d'une élection, le candidat va à l'évidence se manifester comme expéditeur ou comme personne de contact. Une plainte pénale peut donc être déposée par un citoyen, qui aurait reçu un tel message non sollicité<sup>4</sup> et l'auteur puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les adresses email étant des données personnelles, l'envoi par courrier électronique de publicités non-sollicitées à des adresses d'inconnus collectées sans distinction sur Internet constitue un traitement de données illicite au sens de l'article 12 al. 2 let. a en relation avec l'article 4 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992 (cf. Décision du 15 avril 2005 de la Commission fédérale de la protection des données publiée à la [JAAC 69.106](#)). Seul le consentement exprès et préalable des personnes concernées serait à même d'exclure une atteinte illicite à la personnalité au sens de la LPD dans le cas d'envoi en masse de publicité par courrier électronique. L'aménagement d'une possibilité d'«opt-out» dans les e-mails publicitaires non sollicités ne rend pas licite leur envoi.

Il est loisible aux différents partis politiques de solliciter l'accord de leurs adhérents pour leur adresser de la publicité politique notamment lors de leur inscription, en leur indiquant précisément la nature et la fréquence des messages susceptibles de leur parvenir (consentement éclairé). Il est à relever que le consentement à une telle publicité peut être retiré en tout temps.

Il est formellement proscrit de recourir à une machine pour appeler des citoyens et leur faire écouter une bande enregistrée<sup>5</sup>. Le recours à de tels services pourrait en sus tomber sous le coup de la loi pénale<sup>6</sup>.

La propagande électorale est par contre autorisée s'agissant des envois de courriers classiques, bien que cette pratique soit discutable. En effet, même si le citoyen a apposé un autocollant spécifique interdisant la publicité, celui-ci ne servira pas de rempart contre les publicités en période électorale. Ainsi, vaut-il parfois mieux opter pour un moyen plus classique dès lors que le régime légal prévalant est plus favorable et que les normes sont moins contraignantes qu'en matière de courrier électronique notamment<sup>7</sup>.

En bref, même si les nouvelles technologies permettent un gain de temps et d'argent, il faut se montrer extrêmement prudent lors des prises de contact avec les électeurs, car contrairement à ce que la plupart des candidats subodorent, une sanction pourrait survenir. Le respect de l'électeur se concrétise également dans le modus operandi choisi pour le courtiser !



## 2. L'accès au registre des électeurs : ses règles et ses limites

Plusieurs candidats ont éprouvé ou éprouvent des difficultés à accéder au registre des électeurs, la pratique des Communes valaisannes divergeant grandement en fonction de paramètres divers (méconnaissance des règles, souci de protection des données, etc.).

Il est donc apparu nécessaire de déterminer précisément quelles sont les règles légales qui trouvent application s'agissant de l'accès au registre des électeurs.

Le registre électoral est régi dans le Canton du Valais par les articles 16 et suivant de la loi sur les droits politiques du 13 mai 2004 (RS 160.1). Le registre contient les indications suivantes (art. 18 al. 3) :

- a) les noms, prénoms et origine de chaque citoyen et sa date de naissance;
- b) la date du dépôt des légitimations

Il convient de mettre en exergue le fait que les adresses ne figurent pas dans le registre électoral.

Selon l'article 16 alinéa 1<sup>er</sup>, ce registre est public. L'article 18 alinéa 3 est ainsi libellé : « *Les partis politiques locaux peuvent, sur demande écrite, obtenir en copie ou sur support informatique le registre électoral. Le conseil communal peut exiger le remboursement des frais.* ». Le principe est donc celui d'un accès limité aux données qui y figurent lequel doit être circonscrit et concrétisé.

L'obtention des adresses obéit, quant à elle, à un régime légal distinct. Elle se fonde sur l'article 23 de la loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage du 9 octobre 2008 (RS 170.2 - abrégée ci-après LIPDA) dont le libellé est le suivant :

*Communication des données par le contrôle des habitants*

<sup>1</sup> *Le conseil municipal **peut**<sup>8</sup> autoriser le contrôle des habitants à communiquer, sur demande, à une personne ou organisation privée les nom, prénom, sexe, adresse et année de naissance d'un particulier, si le requérant fait valoir un intérêt légitime.*

<sup>2</sup> *Ces données peuvent être communiquées selon un classement systématique si, de plus, il est établi qu'elles sont utilisées exclusivement à des fins idéales dignes d'être soutenues.*



Voici le texte du message accompagnant la LIPDA s'agissant de la communication des données par le contrôle des habitants :

*Cette disposition règle le cas particulier dans lequel le contrôle des habitants peut être autorisé à communiquer certaines informations. Cette communication est soumise à deux restrictions : premièrement, il faut obtenir l'autorisation du conseil communal et deuxièmement, le requérant doit faire valoir un intérêt légitime (al. 1). On pensera par exemple au créancier qui recherche l'un de ses débiteurs. Aux termes de l'alinéa 2, la communication peut intervenir selon un classement systématique lorsqu'il est prévu d'utiliser ces données exclusivement à des fins idéales et dignes d'être soutenues. Est donc exclue une utilisation à des fins économiques comme par exemple fournir une liste de personnes à des entreprises pour leur faire parvenir de la publicité. On peut par contre imaginer que des personnes ou associations souhaitent obtenir des informations sur les habitants d'un quartier ou d'une commune afin de soutenir ou promouvoir certains projets comme la construction de places de jeux pour enfants ou de crèches (par exemple : communiquer une liste d'enfants à un groupe formé de mères bénévoles qui ont mis sur pied une garderie destinée aux enfants de leur commune). C'est au Conseil communal de décider si le but idéal poursuivi par une association est digne d'être soutenu. On notera que le droit de faire blocage (art. 34 LIPDA) doit s'appliquer également dans ce cas.*

Le Préposé à la protection des données et à la transparence Jura Neuchâtel a également dû examiner cette problématique d'accès (cf. Avis du PPDT 2013.0386, 0400, 0413, 0418 publié le 8 février 2013<sup>9</sup>) et il est parvenu à la conclusion qu'il était possible d'accéder la liste des électeurs à des conditions précises et restrictives toutefois. Les remarques pertinentes du Préposé seront intégrées à la réflexion formalisée ci-après.

En l'occurrence, il faut entendre par parti politique local (au sens de l'article 18 alinéa 3 de la loi sur les droits politiques), celui qui est actif dans la Commune concernée par la demande d'accès au registre des électeurs. Cela exclut d'emblée une demande opérée par un parti cantonal ou le comité d'un parti national, à titre exemplatif. De surcroît, à l'aune de l'accès limité choisi par le législateur, **le parti local devra s'engager par écrit à ne pas transmettre la liste à de tierces personnes et à la détruire après usage, soit dès le lendemain de l'élection**. Moyennant respect de ces conditions, que les Communes devront rappeler à chaque demande, l'accès peut être octroyé. Toutefois, la liste sans les adresses des électeurs ne présente aucun intérêt. Il est arrivé par le passé que l'accès à la liste soit octroyé, mais celui aux adresses refusé. Il convient donc d'examiner si la situation singulière et totalement insatisfaisante d'un registre des électeurs sans adresses peut avoir pour conséquence, ainsi que certaines Communes semblent le penser, une possibilité de refus fondé sur l'article 23 LIPDA.

Dans le contexte exposé précédemment il est un principe à retenir, soit celui du caractère public du registre des électeurs. Le législateur a ainsi manifesté clairement son intention de rendre les données y figurant accessibles aux partis politiques locaux.



Si, dans ces conditions, l'article 23 LIPDA permettait, au bon vouloir des Communes, de s'y opposer, l'article 18 de la loi sur les droits politiques n'aurait plus qu'une portée réduite, respectivement symbolique. L'article 23 LIPDA prévoit expressément que cet accès doit être fondé sur un intérêt légitime. Le message évoque le cas d'un créancier qui recherche l'un de ses débiteurs. L'intérêt légitime dépend des intentions du demandeur. Il n'existe aucune définition claire et l'intérêt légitime doit être évalué au cas par cas. Il n'existe pas d'intérêt légitime, lorsque le renseignement est inutile ou dénué de tout intérêt. En l'espèce, il est manifeste qu'un parti politique a un intérêt légitime à pouvoir s'adresser à ses électeurs potentiels, ne serait-ce que pour maintenir l'intérêt des citoyens au vote et éviter une baisse constante du taux de participation. De surcroît, cette transmission de données peut elle aussi être soumise à des conditions similaires à celles déjà évoquées pour le registre des électeurs. **Ainsi, les requérants devront-ils s'engager, par écrit, à ne pas transmettre les adresses à de tierces personnes, ainsi qu'à détruire les adresses communiquées au terme de la campagne, soit dès le lendemain de l'élection.**

Il existe un autre garde-fou permettant au citoyen de s'opposer à la communication de son adresse à un parti politique et qui, en conséquence, signifie que la communication des adresses aux conditions précitées est proportionnée et, partant, licite. L'article 34 LIPDA intitulé « *Blocage* » permet à tout citoyen de s'opposer à la communication de données enregistrées. Ainsi, celui-ci pourrait-il s'adresser à sa Commune en indiquant spécifiquement qu'il s'oppose à la transmission de son adresse à un parti politique local. Il existe certes un alinéa 2 qui permettrait au requérant d'invoquer l'intérêt légitime précité pour « forcer » la communication. Toutefois, dans un tel cas de figure, la personne concernée devrait être préalablement entendue, ce qui signifie qu'une décision serait rendue par la Commune avec la possibilité pour la personne dont l'adresse est requise de recourir. Compte tenu des délais de procédure, la communication n'interviendrait alors *de facto* pas immédiatement. La pondération des intérêts dans cette hypothèse tendrait quant à elle à refuser la communication en cas de manifestation expresse de l'intention du citoyen, qui serait alors respectée.

En définitive et en l'absence de blocage spécifique, la communication des adresses pourrait intervenir aux conditions précitées. La situation n'est pas idéale et elle nécessiterait très certainement une modification législative urgente, de manière à garantir la sécurité du droit. À défaut, il faudrait qu'un citoyen agisse pour faire valoir ses droits devant les tribunaux pour que la solution préconisée soit confirmée ou infirmée.



### 3. Les réseaux sociaux, les forums de discussion et les blogs : quid juris ?

Les médias sociaux sont porteurs d'un changement fondamental de paradigme, qui bouleverse la relation qu'élus et candidats ont avec leurs publics. Communication désintermédiée et désacralisation des politiques sont les maîtres-mots de cette nouvelle agora<sup>10</sup>. Les réseaux sociaux vont ainsi servir de catalyseurs conversationnels et amplifier la propagation d'idées. Toutefois, qui dit absence de barrière, proximité, débat direct, dit également accroissement des risques de dérapages, de buzz négatif, d'attaques personnelles, d'effet Streisand ou encore d'abus en tous genres.

Voici quelques conseils ayant pour but d'engendrer un débat démocratique qui peut s'avérer vif, sans toutefois dépasser les limites légales.

#### a. L'homme ou la femme politique : un boxeur !

Dans le cadre d'un débat politique, l'atteinte à l'honneur ne doit être admise qu'avec retenue et, en cas de doute, elle doit être niée. La liberté d'expression inhérente à l'exercice de la démocratie implique que les acteurs de la lutte politique acceptent de s'exposer à une critique publique, parfois virulente, de leurs opinions. Ainsi, abaisser une femme ou un homme politique dans la bonne opinion qu'elle ou qu'il a d'elle/de lui-même ou dans les qualités politiques qu'elle/qu'il croit avoir est insuffisant pour constituer une atteinte à l'honneur. À titre exemplatif, les propos que tiennent des adversaires politiques dans le cadre d'un débat engagé ne doivent pas toujours être pris au pied de la lettre, car ils dépassent souvent la pensée de leurs auteurs.

Selon le Tribunal fédéral, les acteurs de la lutte politique doivent ainsi avoir le cuir épais, selon l'expression désormais consacrée<sup>11</sup> !

En bref, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un politique que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes, tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit par conséquent montrer une plus grande tolérance<sup>12</sup>.

La zénitude face aux attaques émises dans ce cadre est la meilleure réponse. Si vous souhaitez tout de même répliquer, sachez que cela pourrait entraver l'exercice de votre droit à l'oubli, ainsi qu'il sera exposé ci-après.



b. Mais un boxeur qui peut également rendre les coups s'ils lui sont portés en dessous de la ceinture !

La critique ou l'attaque contre une femme ou un homme politique porte toutefois atteinte à l'honneur protégé par le droit pénal si, sur le fond, elle ne se limite pas à rabaisser les qualités de la femme ou de l'homme politique et la valeur de son action, mais est également propre à l'exposer au mépris en tant qu'être humain. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, quelle que soit la vigueur des luttes politiques, il est légitime de vouloir leur conserver un minimum de modération et de bienséance, ce même si la réputation d'un politicien est controversée. Ainsi a-t-il été jugé qu'assimiler un individu, fût-il un homme politique, à un « chef de bande de tueurs », affirmer que l'assassinat perpétré par un personnage même de fiction a été « recommandé » par lui et le qualifier de « vampire qui se nourrit de l'aigreur de ses électeurs, mais aussi parfois de leur sang », outrepassa les limites admises en la matière. Le Tribunal fédéral a également considéré qu'est attentatoire à l'honneur le fait de comparer un adversaire politique au plus grand criminel du 20<sup>ème</sup> siècle<sup>13</sup>.

Une femme ou un homme politique qui serait ainsi attaqué, non pas sur son action politique, mais méprisé sur le plan humain pourrait donc soumettre les allégations formulées à son encontre à la justice tant civile que pénale. L'électeur devrait à cet égard se remémorer la règle qui veut qu'il est préférable d'ignorer ce que l'on aborresse. L'attaque sournoise, car anonyme mérite une attention particulière. Elle ne permet en effet plus selon la jurisprudence de démontrer la véracité des allégations proférées, car le but est alors uniquement de nuire à autrui et non pas de participer à un débat démocratique, fût-il très engagé. L'électeur, s'il a donc des droits, dont celui suprême du choix de son candidat, doit également respecter des règles lorsqu'il ne partage pas les opinions d'une candidate ou d'un candidat.

c. Les réseaux sociaux, les forums et les blogs : un espace de non-droit ?

Les Tribunaux ont, à maintes occasions, rappelé que les réseaux sociaux étaient soumis aux règles ordinaires du droit (pénal et civil principalement) et que nonobstant une absence manifeste de règles de courtoisie et une proximité inhérente à ce vecteur de communication, les comportements abusifs peuvent être sanctionnés<sup>14</sup>. À cet égard et à ce jour, la question de savoir si une déclaration à des amis Facebook doit être considérée comme publique ou privée n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral, ce qui doit inciter à la plus grande prudence<sup>15</sup>. Concrètement, cela signifie que même si votre profil est accessible à un nombre très limité de personnes, il ne peut vous être garanti que vos publications ne soient pas un jour soumises à l'examen d'un magistrat.



De même n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral la question de savoir si le simple fait de retweeter purement et simplement, sans ajout d'un quelconque commentaire, signifiait que l'on reprenait à son compte ce tweet. La doctrine est partagée, mais il ne semble pas exclu de pouvoir saisir un juge sur cette seule base. Des condamnations ont par contre été prononcées pour avoir insulté une tierce personne lors de la diffusion d'un tweet.

Le Tribunal cantonal valaisan a, dans un arrêt du 8 mai 2015, confirmé la licéité de l'allocation d'un montant de CHF 5'000.- suite une publication diffamatoire, montant octroyé à titre de tort moral et destiné à couvrir les démarches visant à faire disparaître la publication litigieuse des moteurs de recherche. Cette affaire a certes été portée devant le Tribunal fédéral, mais elle doit inciter à une prudence de Sioux, car si la condamnation était confirmée, cela signifierait que chaque publication pourrait générer une somme similaire à titre de réparation dans l'hypothèse où la publication est susceptible d'être retrouvée, notamment, au moyen des moteurs de recherche.

Dans le cadre des litiges inhérents aux réseaux sociaux, l'un des éléments cardinaux d'analyse est évidemment de savoir si tout ce qui est publié ou envoyé (messages privés) peut ensuite faire l'objet d'une diffusion, respectivement être invoqué. Tant que le Tribunal fédéral n'aura pas tranché la question du caractère public ou privé des publications sur les réseaux sociaux, différentes démarches préventives doivent être accomplies :

- modérer son mur Facebook et supprimer sans tarder une publication qui génère des commentaires manifestement excessifs ou illicites ; la question de la modération est complexe, mais il apparaît de plus en plus clairement que l'on est responsable du vecteur de diffusion qui nous concerne et sur lequel nous avons la maîtrise ;
- ne rien envoyer de confidentiel par la messagerie privée d'un réseau social, car il est établi que les contenus sont scannés ; de surcroît, rien n'empêche le ou la récipiendaire de rendre le contenu public ; un message privé n'est jamais vraiment privé sur les réseaux sociaux !
- réfléchir à la portée d'un statut ou d'un tweet, car rien n'empêche un média de publier ou d'utiliser celui-ci, les conditions d'utilisation des réseaux sociaux précités le permettant expressément ; en sus, ces publications peuvent être utilisées comme preuve ;
- les réseaux sociaux, contrairement à une croyance populaire bien ancrée, collaborent désormais avec les autorités notamment pénales ; dans une affaire instruite par le Ministère public de la Confédération, Facebook a livré aux enquêteurs la totalité des données relatives à un compte utilisateur depuis sa création, ce qui a totalisé des milliers et des milliers de pages...



- ne pas publier l'œuvre d'un tiers sans son accord préalable, car le droit d'auteur trouve application également sur les réseaux sociaux et il est extrêmement difficile pour un néophyte de déterminer ce qui peut faire l'objet d'une diffusion licite <sup>16</sup> !
- les réseaux sociaux prévoient d'ordinaire à l'instar de Facebook dans leurs conditions générales que l'auteur de la photographie cède ses droits de reproduction et de représentation de son œuvre dès qu'il en devient membre ; c'est en substance ce que Facebook a fait lors du rachat de l'application Instagram, soit l'une des principales plateformes de partage de photos... il en résulte la possibilité pour Facebook d'utiliser gratuitement l'intégralité de vos photos, sans bourse délier ! la question de savoir si Facebook peut céder les droits sur vos photographies à des tiers n'a pas été tranchée<sup>17</sup> ;
- le fait que les réseaux sociaux soient, de par leurs conditions générales, légitimés à invoquer des droits relativement à des photographies ne signifie pas que les citoyens puissent se servir librement des photos postées par les candidats à des fins de propagande politique pour les soutenir ou au contraire les critiquer ; celui qui souhaite opérer une publication divergente de celle initiale de la candidate ou du candidat devra obtenir son accord exprès préalable (exemple : pour publier un encart publicitaire dans un journal ou offrir une campagne publicitaire sur un réseau social) ; celui qui veut critiquer la candidate ou le candidat s'expose à des actions légales s'il dépasse les limites notamment en matière de protection de la personnalité ou de l'honneur ; il n'est jamais simple de déterminer si un comportement est ou non licite, de sorte que la prudence doit prévaloir ; de surcroît, l'auteur de la photographie a souvent été rémunéré pour une publication bien précise et il pourrait considérer que cette rémunération ne couvre pas la diffusion par des tiers et solliciter de ces derniers des espèces sonnantes et trébuchantes... cela pourrait notamment survenir en cas de publication par une entreprise d'un encart publicitaire dans un journal de la photographie d'un ou d'une candidat(e), dès lors que telle utilisation n'a pas été contractuellement convenue !
- modérer les campagnes de publicité sur les réseaux sociaux, car si juridiquement il ne s'agit pas d'une prospection commerciale qui nécessite un accord préalable du destinataire (opt-in ; contrairement aux mails, SMS, télécopies...) et si les utilisateurs ne peuvent y échapper, peut-être seront-ils tentés de cliquer pour générer des frais à votre charge ou alors de supprimer la publicité ! Qui trop embrasse mal étreint dit l'adage, en matière de publicité politique également.

Les blogs génèrent également diverses interrogations juridiques. Le Tribunal fédéral a jugé le 14 janvier 2013 (arrêt non-publié 5A\_792/2011) que l'hébergeur d'un blog était comparable à l'éditeur d'un journal qui publie des lettres de lecteurs, ce qui signifie qu'en cas de litige il conviendrait retirer le billet litigieux à première réquisition. À défaut, celui qui héberge le blog pourrait se voir attiré en justice dans une procédure défensive générant plusieurs milliers de francs de frais et dépens.



Le candidat ou la candidate risque, en cas d'excès dans ses publications, de voir ses billets supprimés par crainte d'un procès par celui même qui l'héberge. Les hébergeurs suisses de sites Internet réunis sous l'égide de l'association sectorielle SIMSA (Swiss Internet Industry Association) ont adopté un code de conduite<sup>18</sup>. Il se base sur le principe de notification et de retrait (Notice and Take Down). Le code de conduite définit le traitement des plaintes impliquant notamment les droits de la personnalité et vise à limiter la possibilité d'agir en réparation. Se fondant sur ce code, les hébergeurs vont agir de manière préventive pour éviter de devoir rendre des comptes en justice, aux côtés des auteurs des billets. Concrètement cela signifie que si le verbe est haut et le propos de nature à provoquer un débat houleux, la tentation sera grande d'invoquer le code de conduite pour mettre un terme à la publication. Une fois qu'une telle décision aura été prise, il deviendra difficile de convaincre l'hébergeur de faire machine arrière, sans compter le fait qu'en cas de procédure en justice il pourrait se retourner contre l'auteur de l'article.

d. Les limites de la manipulation de la formation de l'opinion publique (astroturfing)

L'astroturfing est une technique de propagande utilisée à des fins publicitaires ou politiques ou encore dans les campagnes de relations publiques et qui vise à donner l'impression d'un comportement spontané ou de la constitution d'une opinion populaire alors qu'il n'en est rien<sup>19</sup>. Des profils de réseaux sociaux, des groupes de réseaux ou de blogs sont ainsi utilisés – de manière prétendument indépendante – pour promouvoir un ou une candidat(e) ou une opinion<sup>20</sup>. Des logiciels permettent la gestion de plusieurs comptes sur des blogs, des forums internet et des réseaux sociaux pour générer l'apparence de l'émergence d'une opinion majoritaire.

L'article 34 alinéa 2 de la Constitution fédérale protège également dans une certaine mesure les citoyens contre l'intervention d'acteurs privés dans la libre formation de l'opinion. L'État doit se montrer particulièrement vigilant à l'approche d'élections majeures, à l'instar de celles qui se dérouleront en automne. Si, peu avant les élections, des acteurs privés diffusaient des contenus manifestement faux ou mensongers, les autorités seraient alors tenues d'en informer les électeurs ou d'apporter les rectificatifs qui s'imposent. Dans l'hypothèse où les autorités n'interviendraient pas, une nouvelle élection pourrait devoir être organisée s'il est démontré que le comportement d'acteurs privés a influencé de manière décisive l'élection.

Selon le rapport du Conseil fédéral<sup>21</sup>, « *en ce qui concerne la propagande électorale déguisée sur les réseaux sociaux, l'Etat ne peut donc agir que dans la mesure où la dissimulation des véritables motivations sous-tendant des propos tenus sur les réseaux sociaux est susceptible d'induire les électeurs en erreur et où ces manoeuvres se produisent peu avant un vote. Pour invalider un vote, il faut qu'il*



*paraisse probable que les résultats ont été influencés de manière décisive par des méthodes opaques de cet ordre. Si la preuve de cette influence ne peut être apportée ou si les méthodes en cause ne sont pas mises en oeuvre durant la période précédant tout juste un scrutin, les propos faux ou mensongers tenus par des tiers doivent être rectifiés dans le cadre des débats publics ».*

Même si l'astroturfing ne semble pas (encore) avoir fait son apparition en Suisse dans le contexte politique<sup>22</sup>, il apparaît nécessaire d'évoquer une thématique que le Conseil fédéral a identifiée comme problématique et qui fait clairement l'objet d'un cadre légal certainement inconnu de la plupart des citoyens. Le principe de prévention impose donc d'en faire état pour éviter également que des candidats qui ne seraient pas nantis des informations relatives au cadre légal, ne soient tentés par de tierces personnes d'opter pour une stratégie très séduisante et très efficace, mais qui, en tant qu'elle influencerait sur les résultats, pourrait s'avérer illicite aux conditions précitées.

Comme l'indiquaient les journalistes de l'émission Nouvo en 2010 déjà dans une émission <sup>23</sup> intitulée « Facebook, mensonges et politique » : « *le système parlementaire de milice implique une communication politique encore souvent très amateur. La plupart des politiciens présents sur Facebook sont eux-mêmes derrière leur profil. Une gestion plus personnelle que professionnelle qui, semble-t-il, limite les dérives et les manipulations. Pour combien de temps encore ?* ». Cinq ans plus tard, les outils informatiques spécialisés ont été développés, de sorte qu'un clic suffirait à passer de la théorie à la pratique pour tout candidat non initié aux risques !

e. Le droit à l'oubli : un onirisme en politique ?

Le droit à l'oubli sur les réseaux sociaux concerne en premier lieu la possibilité de supprimer les contenus préalablement publiés par les utilisateurs de réseaux sociaux.

Il s'agit d'un droit à la suppression qui se fonde sur la loi fédérale sur la protection des données et le Code civil en tant qu'il assure la protection de la personnalité (art. 28ss CC)<sup>24</sup>. Si les personnes concernées sont des personnages appartenant de manière absolue ou relative à l'histoire contemporaine ou des agents publics, la nécessité de préserver le droit à l'information du grand public peut s'opposer à la suppression des contenus. Selon la doctrine<sup>25</sup>, les responsables politiques sont des personnages appartenant de manière absolue à l'histoire contemporaine. Concrètement cela signifie que l'exercice du droit à l'oubli peut se heurter au droit à l'information. Toutefois, même dans ce cas de figure, l'écoulement du temps peut faire renaître un droit à l'oubli<sup>26</sup>.



Le 13 mai 2014, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu un arrêt de principe<sup>27</sup> en matière de droit à l'oubli. En réalité, cet arrêt qualifié d'historique par certains n'instaure pas un droit à l'oubli *stricto sensu*, mais plutôt à un droit à la non-évocation ou un droit à l'effacement. La terminologie est donc trompeuse, ce d'autant que ce droit est relatif et imprévisible, ce qui signifie qu'une pesée des intérêts devra être entreprise dans chaque cas<sup>28</sup>. Google a rendu possible l'exercice de ce droit par les citoyens helvétiques également au moyen d'un formulaire de demande de suppression de contenu<sup>29</sup>.

Le Groupe de l'article 29 qui est un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée (dont la Suisse est membre)<sup>30</sup> a élaboré un certain nombre de critères communs d'examen le 26 novembre 2014 à l'attention des autorités européennes de protection des données. Parmi ces critères en voici un qui concerne spécifiquement les hommes et les femmes politiques : *le fait que la personne concernée soit une personnalité publique ou joue un rôle dans la vie publique plaide plutôt contre le déréférencement, même s'il faut réserver les informations de nature purement privée...* Voilà qui paraît un frein suffisant pour inciter chacun à faire preuve de retenue, car si un tel droit au déréférencement ne peut être exercé sur la base des normes légales et de la jurisprudence, la seule solution qui demeurera sera de faire appel à des experts en matière d'e-reputation. À titre exemplatif, une personnalité publique qui voulait faire disparaître un article d'un journal de réputation internationale où son nom était mentionné dans le titre s'est vue proposer une offre lui garantissant la disparition de cet article dans un délai de 6 mois... moyennant le versement d'un montant de 125'000 euros à la signature du contrat et d'un montant mensuel de 2'500 euros pendant 5 ans ! Ces montants sont parfaitement dans la norme de la profession de nettoyeur du web.

Bonne campagne à tous !



Juillet 2015

Sébastien Fanti  
**Votre** Préposé cantonal à la  
protection des données  
et à la transparence



<sup>1</sup> Agit de façon déloyale celui qui, notamment : envoie ou fait envoyer, par voie de télécommunication, de la publicité de masse n'ayant aucun lien direct avec une information demandée et omet de requérir préalablement le consentement des clients, de mentionner correctement l'émetteur ou de les informer de leur droit à s'y opposer gratuitement et facilement; celui qui a obtenu les coordonnées de ses clients lors de la vente de marchandises, d'oeuvres ou de prestations et leur a indiqué qu'ils pouvaient s'opposer à l'envoi de publicité de masse par voie de télécommunication n'agit pas de façon déloyale s'il leur adresse une telle publicité sans leur consentement, pour autant que cette publicité concerne des marchandises, oeuvres et prestations propres analogues.

<sup>2</sup> Pour en savoir plus : <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/00154/00169/index.html?lang=fr>

<sup>3</sup> Pour de plus amples informations, cf. la fiche d'informations de l'Office fédéral de la communication OFCOM intitulée « Spam – Pourriels – Pollupostage », disponible à cette adresse : [http://frc.ch/wp-content/uploads/2009/01/spam\\_04\\_2007\\_f\\_pdf\[1\].pdf](http://frc.ch/wp-content/uploads/2009/01/spam_04_2007_f_pdf[1].pdf)

<sup>4</sup> Cf. article 23 alinéa 1<sup>er</sup> LCD.

<sup>5</sup> Cf. à cet égard la prise de position de l'OFCOM ; disponible à cette adresse : <http://www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/info/00542/00886/00918/index.html?lang=fr>

<sup>6</sup> Car contraire aux articles 2 et 3 let. o LCD.

<sup>7</sup> Cf. notamment : <http://www.frc.ch/articles/comment-desengorger-sa-boite-aux-lettres/>

<sup>8</sup> Mis en exergue par le soussigné, il ne s'agit pas d'une obligation.

<sup>9</sup> Cet avis est accessible à cette adresse : <http://www.ppdt-june.ch/fr/Activites/Avis/Protection-des-donnees-2/2013/Communication-des-listes-electorales-dans-les-cantons-du-Jura-et-Neuchatel-20130386-0400-0413-0418.html>

<sup>10</sup> Antoine Dubuquoy, Réseaux sociaux et émergence d'une nouvelle parole politique, Huffington Post, 24 février 2014, disponible à cette adresse : [http://www.huffingtonpost.fr/antoine-dubucquoy/reseaux-sociaux-et-emerge\\_b\\_4843801.html](http://www.huffingtonpost.fr/antoine-dubucquoy/reseaux-sociaux-et-emerge_b_4843801.html)

<sup>11</sup> Cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral du 11 août 2008, 6B\_356/2008, cons.4.1 et les références citées.

<sup>12</sup> Cour eur. D.H., Lingens du 8 juillet 1986, A, n° 103, §41 s. ; Cour eur. D.H., Oberschlick I, du 23 mai 1991, A, n° 204, ° 58.

<sup>13</sup> Arrêt non-publié du Tribunal fédéral 6B\_143/2011 du 16 septembre 2011.

<sup>14</sup> Pour de plus amples informations, cf. le Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, intitulé « Cadre juridique pour les médias sociaux », disponible à cette adresse : <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=fr&msg-id=50504>

<sup>15</sup> Arrêt non-publié du Tribunal fédéral 6B\_256/2014 du 8 avril 2015.

Pour de plus amples informations à ce sujet, cf. Steve Reusser, peut-on publier l'oeuvre d'un tiers sur les réseaux sociaux, in : plaidoyer 4/14, p. 13.

<sup>17</sup> Pour de plus amples informations : Cédric Manara, Réseaux sociaux : 101 questions juridiques, Les Editions Diateno, Paris 2013, p. 221 et 222.

<sup>18</sup> Disponible à cette adresse : [http://static.simsa.ch/1362151411/130201\\_simsa\\_cch\\_public\\_web.pdf](http://static.simsa.ch/1362151411/130201_simsa_cch_public_web.pdf)

<sup>19</sup> Définition issue, in parte qua, de Wikipédia : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Astroturfing>

<sup>20</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, intitulé « Cadre juridique pour les médias sociaux », n° 4.5.6, p. 52.

<sup>21</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, intitulé « Cadre juridique pour les médias sociaux », n° 4.5.6.2, p. 53.

<sup>22</sup> Pour un exemple de trucage d'un sondage internet, cf. <http://www.rts.ch/la-1ere/programmes/sonar/5402419-l-astroturfing-ou-comment-truquer-un-sondage-internet-02-12-2013.html>

<sup>23</sup> <http://m.nouvo.ch/2010/03/facebook-mensonges-et-politique>

<sup>24</sup> Pour de plus amples informations, cf. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, intitulé « Cadre juridique pour les médias sociaux », n° 4.3.3.3, p. 30.

<sup>25</sup> Voir BSK-ZGB I, Meili Andreas, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 28, N. 52, p. 271.

<sup>26</sup> ATF 109 II 353 consid. 3.

<sup>27</sup> CJUE, arrêt du 13 mai 2014, Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, (aff. C-131/12), disponible à cette adresse : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd0912951b1c9a46a3898aba4ce454ced3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQaNr0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=42939>

<sup>28</sup> Philippe Meier, Le droit à l'oubli : la perspective de droit suisse, in : Le droit à l'oubli : du mythe à la réalité, CEDIDAC 2015, p. 48 ss.

<sup>29</sup> Accessible à cette adresse : [https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch&hl=fr](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=fr)

<sup>30</sup> [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_fr.htm)