

Switzerland

Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique en Suisse

Rapport National par
Prof. Dr. Robert Roth
Université de Genève

I. Nomenclature et données générales*

La "délinquance informatique" ne fait l'objet, en Suisse, d'aucune nomenclature particulière. Cette appellation générale a encore cours, bien que la doctrine suisse se soit faite très tôt l'écho des craintes exprimées par les entrepreneurs de la branche informatique, selon lesquelles l'association des deux termes pouvait affecter l'image de ce secteur économique.¹

On distingue donc classiquement infractions à l'aide de l'ordinateur et infractions commises au détriment d'un ordinateur, et quatre grands

* Principales Abréviations

ATF: Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse

BO: Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale

CE: Conseil des Etats

CN: Conseil National

CP-P: Projet de modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire du 24 avril 1991

Cst: Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874

FF: Feuille fédérale

LPD: Loi fédérale sur la protection des données (adoptée en mars 1992)

RPS: Revue pénale suisse

RSJ: Revue suisse de jurisprudence

1 Comme le rappellent *H. Baumgartner* et *Chr. Lentjes*, "Tatwaffe Computer: Die neuen Strafnormen, Plädoyer 1991, n° 6, p.34 n.1.

domaines d'activités dommageables : les manipulations diverses, l'espionnage économique, le vol de temps-machine et le sabotage.² Quant à la réalité, l'information est relativement mince. Ce que l'on sait avec certitude c'est la faible importance de la criminalité apparente et légale;³ l'on suppose avec une forte vraisemblance l'existence d'un chiffre noir considérable.⁴ Les essais d'évaluation de l'importance économique des comportements dommageables en la matière ne sont au mieux que des extrapolations à partir des indications fouillées recueillies et établies par les autorités, américaines avant tout et accessoirement allemandes.⁵

Le spécialiste suisse qui a le plus travaillé ce sujet a tenté d'établir une typologie, à partir toutefois d'un effectif faible : sur quinze dossiers étudiés dans le canton de Zurich, 53% concernaient les manipulations, 33% l'espionnage et le vol de temps-machine et 13% le sabotage.⁶

Comme nous aurons à le répéter tout au long de ce rapport, la législation suisse dans le domaine, entendu largement, de la "délinquance informatique" se présente comme un vaste chantier. De nombreuses législations sont en voie d'aboutir, qui répondent davantage à des problèmes bien connus (et peuvent de ce fait s'inspirer de modèles étrangers) plutôt qu'à des problèmes en voie d'émergence (en matière de télécommunications) ou portant sur de nouveaux modes de support de l'information. Le choix de technique législative formulé explicitement à propos du projet central, qui porte sur la délinquance économique en général et informatique en particulier, consiste à adopter des formulations aussi larges que possible, de manière à autoriser une actualisation par voie d'interprétation jurisprudentielle.

II. Développement général du droit suisse

A. Le présent rapport est rédigé à un moment où une réforme fondamentale du droit pénal spécial suisse s'approche de son terme. Le 24 avril 1991, le Conseil fédéral (gouvernement) a en effet soumis aux Chambres fédérales (parlement) un projet de modification du Code pénal suisse (CP) et du Code pénal militaire concernant les infractions

2 Cf. K. Bauknecht, "Criminalité informatique", in Criminalité économique, Zürich, 1982, p.97.

3 Cf. déjà les données fournies par N. Schmid, "Wirtschaftskriminalität in der Schweiz", Rev. de dr. suisse 1985 II, pp.175-179.

4 H. Egli, Grundformen der Wirtschaftskriminalität, Heidelberg, 1985, p.146.

5 Cf. Egli, op.cit. (n.4), pp.145-146; E. Zimmerli/K. Liebl, Computermissbrauch. Computersicherheit, Engelheim/Kösnacht, 1984, pp. 19-20; P. Bernasconi, Finanzunterwelt, 3ème ed., Zürich, 1989, pp.77 ss.

contre le patrimoine et le faux dans les titres (ci-après : CP-P).⁷ Le projet s'appuie sur l'avant-projet de mars 1983, qui a donné lieu à un important débat doctrinal,⁸ il vise avant tout à combler des lacunes dans le domaine de la répression de la délinquance informatique, à laquelle sont consacrés les premiers développements du message explicatif (ci-après : Message).⁹ De ce fait, il marque un tournant dans le "changement de paradigme",¹⁰ qui conduit du droit pénal patrimonial classique, fondé sur la protection privilégiée des biens matériels, à un droit ouvert à la protection des biens immatériels.¹¹

B. Parallèlement, deux lourds et douloureux processus de révision législative approchent également de leur conclusion. Le premier vient d'aboutir à la première loi fédérale sur la protection des données.¹² Il comporte un double chapitre pénal : quelques dispositions de droit matériel et un volet important de procédure pénale. Le second porte sur le droit d'auteur;¹³ au coeur de la révision figure la question de la protection des logiciels, question sur laquelle la doctrine suisse et une partie de la classe politique adopte les positions nettement plus conservatrices que dans les pays voisins,¹⁴ et incompatibles avec la directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991, aux termes de laquelle "les Etats-membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur, en tant qu'oeuvres littéraires et artistiques" (art. 1).¹⁵

7 FF 1991 II 933 ss. Une liste d'abréviations est fournie à la suite du présent texte.

8 Voici une sélection de réactions et d'analyses de l'avant-projet, en particulier dans le domaine de la délinquance informatique: Schmid, op.cit. (n.3); M. Buser, Straftaten im Zusammenhang mit Kreditkarten, Berne, 1986; N. Schmid, "Erfassung von Missbräuchen im Bereich des bargeldlosen, insbesondere elektronisch abgewickelten Zahlungs- und Kreditverkehrs", Revue pénale suisse (RPS) 1987, p.129 et ss.; R. Roth, "La délinquance informatique saisie par le droit pénal", Semaine judiciaire 1987, pp.108 ss.; G. Jenny, "Aktuelle Fragen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts", Rev. jur. bernois 1988, p. 393 et ss.

9 FF 1991 II 948-954.

10 Pour reprendre l'expression de U. Sieber, "Der strafrechtliche Schutz der Information", ZStW 1991, p.783.

11 Sur les ambiguïtés de ces dénominations, cf. ci-dessous III/B.

12 Projet du Conseil fédéral in FF 1988 II 421 ss.

13 Projet du Conseil fédéral in FF 1989 III 465 ss.

14 On pense avant tout aux lois française du 3 juillet 1985, allemande du 24 juin 1985 et anglaise du 16 juillet 1985. Sur le "changement de paradigme" en la matière, lire l'analyse de I. de Lamberterie, "L'adaptation du droit au progrès technologique: l'exemple de la protection des logiciels", Arch. de philo. du droit 1991, vol.36, pp. 155 ss.

15 Directive 91/250/CEE, J.O. C.E. n° L 122 du 17 mai 1991.

C. Le cœur de l'actualité jurisprudentielle et doctrinale est occupé par des problèmes inhérents à la période transitoire de transformations et d'incertitudes législatives qui approche de son terme:¹⁶ ont ainsi été débattus le régime de l'abus des cartes de crédit et surtout le statut du "titre informatique", au sujet duquel la controverse est en train d'atteindre son point culminant. Nous nous y attarderons donc longuement.

III. La réforme du droit pénal économique

Le projet du Conseil fédéral d'avril 1991 est actuellement en discussion devant une commission du Conseil national, qui paraît lui réserver globalement bon accueil. Outre des modifications tantôt rédactionnelles, tantôt de fond et tantôt systématiques affectant les infractions traditionnelles (vol, escroquerie, usure ou faux renseignements sur les sociétés commerciales), le projet introduit trois nouvelles dispositions : soustraction de données (art. 143), utilisation frauduleuse d'un ordinateur (art. 147) et abus de cartes-chèques et de cartes de crédit (art. 148).

L'extension de la répression de la délinquance informatique est en outre prévue au travers de l'élargissement de la définition d'une infraction classique - l'obtention indue d'une prestation (art. 150 CP), qui vise également celui qui "sans bourse délier (...) se sera servi d'un appareil automatique", et surtout de celle de la notion de titre (art. 110 ch. 5). Il est proposé d'ajouter une phrase à celle qui résume la définition classique du titre - "écrit ou signe destinés ou propres à prouver un fait ayant une portée juridique"; cette adjonction assimile "les enregistrements sur des supports de données ou d'images à de tels écrits ou signes". Elle a fait l'objet d'une sévère critique, qu'il faut situer dans son contexte jurisprudentiel.

A. Le "titre informatique"

Le premier arrêt de principe date de l'époque héroïque de l'informatique en Europe. Dans une décision Soldati de 1970 (ATF 96 IV 185), le Tribunal fédéral assimile à un titre une carte perforée, en se rangeant implicitement derrière l'avis de la doctrine de l'époque.¹⁷ Une telle carte peut être déchiffrée par un initié connaissant le code qui permet à la machine de traiter et de retranscrire l'information.

16 Le Tribunal fédéral a eu récemment l'occasion d'indiquer clairement (dans un autre contexte) l'influence que le droit désirable exerce sur l'interprétation des dispositions pénales en vigueur: ATF 117 (1991) IV 279.

17 F. Rohrer, *Computerkriminalität* Zürich, 1975, p. 78 et ss.

Cette jurisprudence, suffisante à l'époque des cartes perforées, se révélera insuffisante par la suite. L'apparition des bandes et disques magnétiques, sans parler encore des CD-ROM pousseront le Tribunal fédéral à la faute de l'avis de la doctrine dominante. Dans une décision de décembre 1985 (ATF 111 IV 119), il pratique une interprétation objective actualisante audacieuse, en admettant que des programmes ou des données lisibles uniquement à l'écran et dont les supports magnétiques ne fournissent évidemment aucune information directe à l'utilisateur peuvent être assimilés à des "écrits ou signes" au sens de l'art. 110 CP. "L'évolution technique permet aujourd'hui pratiquement à chacun de se procurer ou de louer une machine compatible, même petite, propre à rendre visibles des données informatiques enregistrées sur un support magnétique".¹⁸ La réaction à cette jurisprudence fut très majoritairement hostile.¹⁹ D'une part, les analogies du Tribunal fédéral furent critiquées (parallèle avec le microfilm, qui existe même avant sa projection, sous forme d'écrit). D'autre part, deux des conditions d'existence du titre n'avaient pas été examinées : son aptitude à servir de moyen de preuve et la reconnaissabilité de l'auteur du "titre".

Le Tribunal fédéral a donc été amené à resserrer sa jurisprudence dans une décision du 14 juin 1990 (ATF 116 IV 343), tout en la confirmant pour l'essentiel : des données enregistrées peuvent servir de moyen de preuve une fois transformées en écrits ou signes (par l'impression). Altérer ces données (ou un programme, dans le cas où celui-ci peut servir de moyen de preuve) reste par conséquent un faux dans les titres. Sur un plan général, cette qualité probatoire est reconnue aux données enregistrées, en se fondant sur les usages commerciaux et sur les dispositions correspondantes du Code des obligations (art. 962) et de sa législation accessoire (ordonnances et directives du Conseil fédéral et de l'Office fédéral de la justice).

Cet arrêt portait sur un relevé de compte. Un tel document remplit les autres conditions posées par le texte de la loi et la doctrine, pour accéder à la qualité de titre : il restitue le résultat d'une manifestation de volonté des personnes habilitées à enregistrer les variations subies par ce compte; l'identité de l'auteur de ces déclarations est évidente aux yeux de l'utilisateur : il ne peut s'agir que des personnes légitimées à intervenir sur ce compte (l'accès était ici limité aux détenteurs d'une carte de légitimation personnelle codée).

18 ATF 111 IV 121. Dans le même sens RSJ 1988, p.30 (arrêt de l'Obergericht zurichois) et encore un arrêt récent (7 février 1990) du même tribunal résumé in *Neue Zürcher Zeitung* du 8 février 1990.

19 Voir H. Schultz, *Rev. des juristes bernois* 1987, p.38; Jenny, op.cit. (n.8), p.393; S. Trechsel, *Schw. Strafrechtbuch* Kurzkommentar, Vor Art.251, N.1.

Ce léger resserrement de la jurisprudence et le travail argumentatif du Tribunal fédéral n'ont guère convaincu les critiques attachés au respect strict de la légalité, telle que l'exprime l'art. 1 CP. La critique la plus complète a été publiée au début de cette année par G. Jenny et G. Stratenwerth.²⁰ En substance, ces auteurs se déclarent peu convaincus du caractère d'écrit ou de signe de la donnée enregistrée et projetée seulement à l'écran; le raisonnement du Tribunal fédéral quant à la reconnaissabilité de l'auteur ne les convainc pas davantage, puisqu'à la différence du titre ordinaire, qui se caractérise par une identification claire d'un émetteur, ce n'est que par déduction que l'utilisateur de la donnée falsifiée peut deviner qui est supposé être à l'origine de celle-ci : il manque la relation personnelle entre l'émetteur présumé et le titre.²¹

Les auteurs cités étendent cette critique au projet de réforme des infractions contre le patrimoine et du faux dans les titres. L'élargissement de cette dernière notion aux "enregistrements sur des supports de données" leur paraît conduire soit à la dissolution des critères classiques de définition du titre, soit, en cas de respect strict de ces critères, à ce que l'élargissement se révèle un coup d'épée dans l'eau. Le titre se caractérise par l'identification à un émetteur et à sa déclaration de volonté : l'un et l'autre feraient le plus souvent défaut.²²

Le projet se remettra-t-il d'un tel assaut ? Il a trouvé un défenseur résolu en la personne du meilleur spécialiste suisse en la matière, N. Schmid.²³ Démontant les critiques des adversaires de la notion de "titre informatique", ce dernier utilise deux arguments, qui illustrent d'une manière générale la problématique de la régénération de la législation (pénale) en matière informatique : 1. La plupart des problèmes prétendument nouveaux posés par le "titre informatique" ne sont en réalité en rien nouveaux; il s'agit en fait d'une formulation nouvelle d'anciens problèmes. 2. Les problèmes réellement nouveaux sont solubles, à condition de faire preuve à la fois de connaissances techniques pointues et d'esprit d'ouverture dans la lecture de la disposition nouvelle.

Appartient à la première catégorie le problème posé par la constitution par tranches ou par opérations successives du titre. Schmid

20 G. Jenny/G. Stratenwerth, "Zur Urkundenqualität elektronischer Aufzeichnungen", RPS 1991, p.197 et ss., critique reprise par H. Schultz, "50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch", RPS 1992, pp.19-21 et par A. Eckert, Die strafrechtliche Erfassung des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, Zürich, 1991, p.98 et ss.

21 Jenny/Stratenwerth, ibidem, pp.203-204.

22 Ibidem, pp.199 et 204 ss.

23 N. Schmid, "Streitgegenstand 'Computerurkunde'", RPS 1992, p.98 et ss. Cet auteur commente également dans son article "Schweizerisches Computerstrafrecht. Anmerkung zum Regierungsentwurf", Computer und Recht 1991, pp.418-423, l'ensemble du projet.

fait remarquer, à juste titre, qu'il en va déjà ainsi de la comptabilité, elle aussi constituée par adjonctions successives de pièces d'origines souvent diverses.²⁴ En revanche, parmi les difficultés surmontables figure en bon rang celle de la reconnaissabilité de l'émetteur du titre. Schmid rappelle que l'imposture de la part de celui qui n'est pas habilité à modifier une donnée ou le contenu d'un programme est constitutif de falsification du titre, qui est alors "inexact" au sens de l'art. 251 CP.²⁵

Le débat n'est pas clos. Il ne porte d'ailleurs pas exclusivement sur la notion de "titre informatique". Le projet fédéral pêche également - et la critique nous paraît là mieux fondée - par déploiement excessif de moyens. Il prévoit en effet, en plus de la falsification de titres, le "dommage à la propriété" informatique, dont se rendrait coupable "celui qui, sans droit, aura effacé, modifié ou mis hors d'usage des données enregistrées ou transmises électroniquement ou selon un mode similaire" (art. 144 ch. 2).

Les critiques du projet considèrent comme peu clairs les rapports entre cette disposition et l'art. 251 nouveau.²⁶ La réponse de Schmid est de donner la priorité à l'infraction la plus spéciale, à savoir le faux, lorsque l'acte délictueux a pour objet d'atteindre le "titre informatique" dans sa qualité de moyen de preuve.²⁷ On peut toutefois se demander si l'art. 144 al. 2 est indispensable et si l'effacement de données impropres à prouver un fait juridique doit être pénalement réprimé. Dans le même registre de l'Uebermass (disproportion), le vol de temps-machine est réprimé dans deux articles distincts (art. 143 ch. 1 al. 3 et 150 ch. 2), les deux dispositions se distinguant par le fait que l'ordinateur sur lequel s'est produit l'abus doit être "spécialement protégé" (notion hautement indéterminée) dans le premier cas et que l'utilisation induue doit avoir "causé un dommage considérable à l'ayant-droit" dans le second.²⁸

24 Schmid, op.cit. (n.22, 1992) pp.104-105.

25 Ibidem, pp.105-106.

26 Jenny/Stratenwerth, op.cit. (n.19), p.209 et ss.; Schultz, op.cit. (n.19), pp.20-21.

27 Schmid, op.cit. (n.22, 1992), p.109.

28 Le Message explique qu'il s'agit dans le premier cas (art.143 CP-P) de réprimer la piraterie ("hacking"), en raison des "perturbations et dangers considérables pour le bon fonctionnement des systèmes de grande envergure" qu'entraîne cette activité (FF 1991 I 980). Doit-on véritablement incriminer les "actes préparatoires" (Message, ibidem) dans une telle matière? L'extension de la punissabilité en-deçà de la tentative de porter préjudice à autrui se justifie-t-elle en-dehors des domaines bénéficiant actuellement d'une protection large, à savoir essentiellement la vie, l'intégrité corporelle et la liberté

B. Un statut nouveau pour l'information?

Deux dispositions importantes du projet semblent indiquer que le statut de l'information a changé. L'art. 143 parle de "soustraction de données" et l'art. 144 range l'altération de données parmi les "dommages à la propriété" (note marginale; cette dernière est particulièrement malheureuse). Cela signifie-t-il un alignement du statut des biens immatériels sur celui des biens matériels ?

On serait tenté de le croire, à lire le message du Conseil fédéral et les premiers travaux de doctrine, qui paraissent assimiler sans restriction les données à une "information".²⁹ Il s'impose sans doute en réalité de distinguer l'information elle-même, bien évidemment immatérielle, et la donnée qui est "une représentation de l'information sous une forme conventionnelle, destinée à en faciliter le traitement".³⁰ De ce fait, dans l'incrimination de "soustraction de données", c'est moins le statut de l'information qui est révolutionnaire, puisque cette information reste représentée sous forme de "donnée" qui "appartient à la réalité physique",³¹ que le fait que la soustraction n'en soit pas nécessairement une, puisque la donnée soustraite - et l'information dont elle est le support - restent sous la maîtrise de l'ayant-droit. Il n'y a par conséquent pas d'éviction de ce dernier.³² La soustraction signifie en fait partage du bien.³³

Même si, par conséquent, l'innovation ne se situe pas exactement où l'on pense généralement, la situation n'en est pas moins nouvelle. En effet, jusqu'à ce jour, les "biens immatériels" ne sont guère protégés contre l'appropriation et l'altération. Trois brèches ont été percées dans

29 FF 1991 II 952. Cf. N. Schmid, "Zu den Begriffen der Daten, der Datenverarbeitung und der Datenverarbeitungsanlage im neuen Vermögens- und Urkundenstrafrecht", in *Problèmes actuels de la lutte contre la criminalité*, Berne, 1992, p.318.

30 Définition de l'arrêté français du 22 décembre 1981, relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique (J.O. du 17 janvier 1982), cité et développé par J. Spreutels, "Le vol de données informatiques", *Rev. du droit pénal et de crimino.* 1991, pp.1050-1051.

31 Spreutels, *ibidem*, p.1050.

32 Cf. la démonstration, à propos de la jurisprudence française, de M.P. Lucas de Leyssac, "L'arrêt Bourquin, une double révolution: un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons", *Rev. de sc. crim.* 1990, p. 510 et ss. Le Message passe comme chat sur braise sur cette rénovation de la soustraction, en tirant un parallèle serene avec le vol (FF 1991 II 978).

33 Le droit suisse connaît déjà deux formes de soustraction: outre la forme classique du vol (art.137, Wegnahme), celle des art.143 CP et 94 loi sur la circulation routière (Entziehung), plus souples en ce qu'ils ne supposent pas nécessairement une éviction et une appropriation, cf. G. Stratenwerth, *Schw. Strafrecht, Bes. Teil I*, 3ème éd., Berne, 1983, p.225.

un droit pénal patrimonial centré sur les biens matériels.³⁴ Une disposition ancienne concerne la soustraction d'énergie (art. 146 CP). Le Tribunal fédéral a par ailleurs étendu aux créances le champ d'application de l'abus de confiance (art. 140 ch. 1 al. 2 CP), ce qui ne prête guère à discussion puisque le texte allemand de cette disposition parle d'"anvertrauter Gut" (bien confié) et non pas, comme les textes latins, de chose fongible (cosa fungibile).³⁵ Plus contestable et contestée a été une jurisprudence audacieuse, rendue pour la première fois en 1963³⁶ et confirmée près de trente ans plus tard,³⁷ après que les tempêtes déclenchées par la première décision³⁸ se furent définitivement apaisées, selon laquelle, nonobstant un texte légal parlant de "chose mobilière", un détournement de créances, c'est-à-dire une appropriation manifestée dans un refus par le bénéficiaire de restituer une somme versée par erreur sur son compte, pouvait tomber sous le coup de l'art. 141 CP.

En plus de ces atteintes directes, certains biens immatériels sont d'ores et déjà protégés en raison de leur caractère secret. Ainsi, la violation de secrets privés, qui se caractérise par le fait d'avoir ouvert un pli fermé pour prendre connaissance de son contenu, est-elle réprimée par l'art. 179 CP; les secrets commerciaux de fabrication font également l'objet d'une protection établie par l'art. 162 CP. Il en va de même de l'exploitation et de la divulgation dans un but de concurrence déloyale de données présentant un caractère secret (art. 6 et 23 de la loi sur la concurrence déloyale).

Bien que ne relevant pas directement du droit pénal économique, la protection pénale des logiciels doit être mentionnée ici, en tant qu'elle apporte un complément aux dispositions citées précédemment. A une protection de la valeur économique peut s'ajouter en effet une protection

34 Cf. l'analyse comparatiste de B. Bergmans, "Le vol d'information en droit comparé", *Rev. de dr. pénal et de crimino.* 1988, p.905 et ss. (910-912 pour la Suisse).

35 ATF 109 IV 29; 111 IV 19, suivant l'avis de la doctrine dominante emmenée par L. Schaub, *Die unrechtmässige Verwendung anvertrauten Gutes*, Basel/Stuttgart, 1979; cf. U. Cassani/R. Roth, *L'abus de confiance*, Fiche jur. suisse n° 953, p.11.

36 ATF 87 IV 116.

37 ATF 116 IV 134. Explication de M. Schubarth/P. Albrecht, *Kommentar zum Schw.Strafrecht, Bes.Teil II*, Berne, 1990, p.93: l'inertie du législateur a obligé le Tribunal fédéral à reprendre sa jurisprudence périlleuse et de ce fait justement critiquée.

38 Cf. Stratenwerth, *op.cit.* (n.32), p.172; U. Cassani, *La protection pénale du patrimoine*, Lausanne, 1988, pp.117 ss. Opinion encore suivie par exemple par l'Obergericht zurichois dans un arrêt publié in *Zürcherische Rechtsprechung* 1988 p.125 et *RSJ* 1988, p.122.

des droits immatériels, des prétentions fondées sur la propriété intellectuelle de la victime d'une soustraction de données.³⁹

La révision de la législation suisse sur le droit d'auteur, qui date de 1922, est en chantier depuis bientôt vingt ans. Après de multiples navettes entre le gouvernement et le parlement et un retentissant retour au Conseil fédéral de son projet du 29 avril 1984,⁴⁰ précisément en raison de la timidité du texte en matière de protection des logiciels, le processus semble à bout touchant. Le second projet, soumis le 19 juin 1989⁴¹, qui a suscité de vives controverses autour de questions telles que le "droit de suite" des créateurs et la taxe de photocopie envisagée pour les bibliothèques, a été bien accueilli en ce qu'il soumet au régime des "créations de l'esprit" les "programmes pour le traitement automatique de l'information (logiciels)" (art. 2 lettre i). Si le principe est admis, les modalités sont encore ouvertes : le Conseil des Etats vient de décider de consacrer aux logiciels une disposition distincte, au terme de laquelle "les programmes pour le traitement automatique de l'information sont également considérés comme oeuvres". L'objectif est de souligner que "les logiciels ne sont pas des oeuvres au sens étroit".⁴²

Comme il est (malheureusement) de tradition dans ce type de législation pénale accessoire, les incriminations de la loi sur le droit d'auteur râtissent le champ le plus large, par une norme de renvoi indirect à l'ensemble des règles de comportement civiles et administratives contenues dans la loi (art. 63 sur la violation du droit d'auteur; 65 sur la violation des droits voisins; la clause punitive prévoit l'emprisonnement pour un an ou plus ou l'amende). Comme s'il marquait une réticence inconsciente à l'assimilation des logiciels aux autres objets soumis à protection, le Conseil fédéral avait toutefois, dans un premier temps, omis de prévoir une disposition spécifique à ces derniers : oubli réparé devant le Conseil des Etats, grâce à un art. 163 ch. 1 lettre l, qui soumet à la peine citée plus haut celui qui "aura utilisé un programme pour faire fonctionner un ordinateur ou aura loué, prêté ou importé des exemplaires de ce programme".⁴³

C. Les autres innovations

Même si elles déclenchent moins de passion chez les pénalistes que le sort du "titre informatique" et l'assouplissement du régime de

39 Sur les rapports entre les deux types de protection, lire *Spreutels*, op.cit.(n.29), pp.1052-1053.

40 BO CE 1985 584 ss.; BO CN 1986 695 et ss.

41 FF 1989 III 465

l'information ou de son support, il faut mentionner, parmi les objets de réglementation nouvelle, l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur et l'abus de carte-chèque et de carte de crédit.

La première disposition illustre parfaitement le choix de technique législative appliqué au projet. Plutôt que d'opérer là aussi un changement de paradigme en "oubliant" la texture des incriminations classiques pour créer un véritable droit pénal informatique autonome, le législateur suisse s'est efforcé de calquer la rédaction des nouvelles incriminations sur le modèle des anciennes.⁴⁴ Ainsi l'art. 147 reproduit-il le schéma de développement de l'escroquerie (art. 148 CP actuel; 146 CP-P), avec sa structure en cascade : une utilisation incorrecte, incomplète ou induc de données (a) influe sur un processus de traitement ou de transmission de données (b) qui, à son tour, provoque un transfert d'actifs au préjudice d'autrui (c). Le Conseil fédéral a amélioré la rédaction proprement dite; en particulier, l'élément-clé ne réside plus dans le fait de "provoquer un processus d'élaboration de données", proposition de la Commission d'experts qui était trop concrète puisqu'elle décrivait le comportement de l'opérateur, alors que ce dernier n'est généralement que l'instrument. Le projet parle plus prudemment d'une "influence sur le processus électronique". Reste que la formulation demeure "relativement compliquée".⁴⁵

L'incrimination d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur ne vient pas combler une véritable faille dans la répression de la délinquance (para-) informatique, sous réserve du cas discutable de l'abus des installations de distribution automatique de billets, qui pourrait tomber sous le coup de l'art. 147 CP-P,⁴⁶ alors qu'actuellement seule peut être admise la qualification en tant que vol,⁴⁷ solution fortement contestée par la doctrine.⁴⁸ En revanche, l'art. 148 CP-P entend apporter une solution satisfaisante à un problème actuellement non résolu : celui de

44 Sur ces modèles de législation, *S. Schjolberg*, *Computers and penal legislation*, Oslo, 1983.

45 FF 1991 II 990. Sur les difficultés de technique législative surgissant dans le domaine de la délinquance économique et le choix délicat entre incrimination trop précise et violation par défaut de précision du principe de la légalité des incriminations, voir *K. Tiedemann*, "Les tâches de la recherche et de la réforme dans le domaine de la criminalité économique", *Rev. de sc. crim.* 1985, p.466.

46 Le Conseil fédéral paraît envisager cette solution (FF 1991 II 990), admise par *B. Schmidli*, *Missbrauch von Codeskarten aus strafrechtlicher Sicht*, Basel, 1991, p. 139, mais il l'écarte plutôt en définitive (FF 1991 II 953), ainsi que le fait *Schmid*, op.cit. (n.28), pp.320 et 325.

47 ATF 104 IV 72; 110 IV 12; 110 IV 80. Dans le même sens, avec des nuances, *Eckert*, op.cit. (n.19), pp.117 ss.; *Schmidli*, op.cit. (n.45), p.64 et ss.

l'utilisation abusive par son titulaire légitime d'une carte de garantie de chèque (improprement appelée carte-chèque dans le projet) ou d'une carte de crédit.⁴⁹ Le Tribunal fédéral s'est en effet refusé à appliquer l'incrimination d'escroquerie (art. 148 CP) à une série de cas standards d'abus d'instruments de crédit : utilisation d'une carte de crédit en pleine connaissance de son insolvabilité par le titulaire légitime de la carte,⁵⁰ utilisation d'une carte de garantie de chèque non couverte.⁵¹

Pour tenter de pallier cette lacune, le Conseil fédéral a décidé de râisser large, plus large même que ne le proposait sa Commission d'experts. La formule retenue semble inconsidérément étendue, sous deux aspects au moins : l'abus des cartes-clients délivrées par de nombreux commerces est également punissable (le Message paraît curieusement écarter cette extension, avant de finir par la retenir), ce qui, sous l'angle de l'économie du droit pénal, apparaît éminemment critiquable au regard de la rentabilité de ce type de prestations, liée à sa fonction d'appel. On voit mal, en particulier, comment appliquer l'élément constitutif restrictif qui veut que l'utilisation soit "abusive", au regard de l'omission généralisée de tout contrôle par l'émetteur.⁵² D'autre part, la notion d'abus ne supplée pas à l'absence de tout élément de tromperie ou d'astuce, solution certes conforme à la logique économique de la réglementation des rapports entre émetteur et adhérent (et le cas échéant fournisseur).⁵³ De ce fait, le champ d'application de la nouvelle disposition sera plus large que celui de l'escroquerie classique.

49 Le texte actuel de la disposition proposée est le suivant : "Celui qui, quoique insolvable ou non disposé à s'acquitter de son dû, aura obtenu des prestations de nature patrimoniale en utilisant de manière abusive une carte-chèque, une carte de crédit ou tout moyen de paiement analogue et aura ainsi porté atteinte aux intérêts pécuniaires de l'organisme d'émission qui le lui avait délivré sera puni de l'emprisonnement pour cinq ans au plus". Pour une nomenclature des divers instruments de paiement dans l'optique du pénaliste, voir Busser, op.cit. (n.8), p.23 et ss. et 109-110; Schmidli, op.cit. (n.45), p.3 et ss. et surtout Eckert, op.cit. (n.19), pp.3-69, le plus complet et à jour.

50 ATF 110 IV 20; 112 IV 79.

51 ATF 111 IV 134.

52 Peut-être - mais le Message ne l'indique pas - sera-t-il possible d'étendre la jurisprudence en matière d'octroi de petit crédit, qui ne protège l'émetteur, hormis les cas de machination ou de mise en scène, que lorsqu'il existe un rapport de confiance particulier entre les partenaires, cf. ATF 107 IV 172; M. Schubarth/P. Albrecht, op.cit. (n.36), p.143. On peut toutefois mettre en doute qu'un tel développement soit concevable en l'absence de tromperie (voir ci-dessous). En tout état de cause, la notion d'abus perd l'essentiel de sa substance en cas de rapport bilatéral, cf. Eckert, op.cit. (n.19), p.227.

IV. Protection des données personnelles

A. La situation actuelle

La Suisse attend depuis plusieurs décennies une législation fédérale sur la protection des données personnelles. Tout au long des années soixante-dix et surtout quatre-vingt, les cantons se sont dotés de lois, parfois fort complètes ou se contentant parfois d'un simple énoncé de principes, parfois audacieuses et parfois fort timides.⁵⁴ En application des règles établies par les art. 64 et 64bis de la Constitution fédérale (Cst.),⁵⁵ les cantons, ainsi d'ailleurs que les communes, ne sont toutefois compétents que pour le "droit public cantonal", c'est-à-dire le régime des données du secteur public cantonal et communal. Ils n'ont aucun pouvoir sur les données privées, sur lesquelles la Confédération peut seule légiférer (sauf à déléguer expressément une partie de ses compétences aux cantons, ce qui n'a pas été fait ici). Les cantons ont la possibilité d'assortir la violation des dispositions qu'ils ont édictées de peines contraventionnelles. Il ne peut toutefois s'agir que de sanctions de manquements de type strictement administratif (non-respect d'obligations administratives), comme le veut l'art. 335 ch. 1 al. 2 CP.⁵⁶ Le champ actuel du droit pénal des données est par conséquent fort étiqué.

Sur le plan de la procédure pénale, vingt-six codes cantonaux cohabitent avec le Code de procédure pénale fédérale (toujours en vertu de l'art. 64bis Cst.). Ce dernier code régit la procédure devant les instances fédérales (Cour pénale fédérale et Assises fédérales, appelées à juger dans les quelques cas dans lesquels le Code pénal prévoit une juridiction fédérale de premier ressort, art. 340 et 341 CP; Tribunal fédéral en tant qu'instance de recours de droit pénal ordinaire). Les réglementations sont donc fort diverses. De nombreux cantons ont adopté un nouveau code dans les dernières années, et ceux qui n'ont pas procédé à une révision totale ont généralement adapté leur texte aux évolutions techniques, en particulier dans le domaine de la surveillance

54 Un répertoire de ces législations est régulièrement tenu à jour par R. Schweizer/ B. Lehmann, Droit de l'informatique et de la protection des données, 2 classeurs, Zürich.

55 Sur les incidences de la répartition des compétences constitutionnelles, voir F. Riklin, "La protection des données personnelles: aspects de droit pénal. Situation actuelle en Suisse", Rev. int. de dr. comparé 1987, p. 679. Bon exemple de concurrence entre autorités fédérales et cantonales, à propos de la surveillance du système RIPOL (cf. IV/B in fine), voir l'ATF du 10 décembre 1991, publié in Pratique jur. actuelle (PJA)

téléphonique et postale. En revanche il n'existe pas de réglementation plus sophistiquée, par exemple sur la perquisition dans les systèmes de télécommunication ou sur l'obligation de dévoiler les codes ou noms de passe secrets.⁵⁷ On peut imaginer que la réglementation visant la surveillance postale et téléphonique pourra s'appliquer par analogie au moins dans le premier cas, même si les législateurs cantonaux ont tous limité le champ d'application du chapitre qu'ils ont consacré à ce sujet aux interventions sur le courrier, la transmission de télégrammes et le téléphone.⁵⁸

B. Réforme législative

La situation législative décrite à l'instant va être fondamentalement modifiée par l'adoption prochaine de deux projets qui viennent d'achever leur parcours parlementaire : la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁵⁹ et un projet complémentaire, qui formait initialement une partie de la loi précédemment citée avant d'en être détachée et qui concerne "le traitement des données en matière de poursuite pénale".⁶⁰

L'ensemble de ces projets relève d'une législation de principe; aussi, la densité normative a parfois été critiquée comme insuffisante. Le législateur ne cherche pas à "coller" à l'état actuel des techniques de recueil et de conservation des données; il s'efforce de mettre en place des principes qui devraient permettre aux organes administratifs et judiciaires de faire face aux évolutions prévisibles et imprévisibles de ces techniques.

57 La nouvelle loi sur les télécommunications du 21 juin 1991 (FF 1991 III 1488) dispose à son art. 16 al.1: "Dans le cadre d'une poursuite qui a pour objet un crime ou un délit, l'entreprise des PTT est tenue de donner aux autorités fédérales de justice et police et aux autorités cantonales de police qui le demandent par écrit des renseignements sur les télécommunications d'un usager".

58 L'unique référence aux techniques plus récentes que nous avons trouvées est contenu dans l'art.68 du Code de procédure pénale du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, qui régleme la perquisition dans les documents écrits et les "représentations graphiques, optiques, magnétiques et autres". Ces opérations doivent être effectuées dans le respect le plus strict ("unter grösster Schonung") des intérêts au maintien du secret.

59 Projet du Conseil fédéral, FF 1988 II 421, surtout pp.496 ss. Les aspects touchant le droit pénal n'ont pas fait l'objet de longs débats parlementaires; voir toutefois BO CE 1990 160 ss.; BO CN 1991 978 et ss.; BO CE 1991 1018 et 1066 ss.; BO CE 1992 36 et ss. La loi a définitivement été votée en mars 1992. Elle est publiée in FF 1992 III, 929.

60 Après révision par le Conseil fédéral, le projet est présenté au Parlement le 16 octobre 1990; FF 1990 III 1161 ss. Il est modifié par le Conseil des Etats, cf. BO CE 1990 870

La LPD proprement dite ne comprend que deux dispositions pénales : une infraction strictement disciplinaire (violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer, art. 28) et une incrimination autonome de "violation du devoir de discrétion" (art. 29). Ces deux articles n'ont fait l'objet que de modifications rédactionnelles durant les travaux parlementaires, tout comme un art. 179 novies destiné à compléter le Code pénal en rendant punissable la "soustraction de données personnelles sensibles qui ne sont pas librement accessibles".⁶¹

En revanche, une autre modification du Code pénal a fait l'objet de quelques débats parlementaires : l'art. 321bis CP, qui autorise la levée du secret professionnel "à des fins de recherches dans les domaines de la médecine et de la santé publique". Une commission d'experts est instituée, qui aura pour tâche d'autoriser la levée du secret dans les cas où le patient lui-même ne l'a pas fait. Deux conditions doivent être respectées : que la recherche ne puisse être effectuée avec des données anonymes et que les intérêts de la recherche priment sur l'intérêt au maintien du secret. Enfin, la commission intervient à titre subsidiaire : le consentement de l'intéressé doit être recherché en premier lieu. Le Conseil national, plus sensible que l'autre Chambre aux arguments des organisations de patients, a ajouté un devoir "d'informer l'intéressé de ses droits", dans le cas ordinaire où la levée du secret est autorisée par le patient lui-même.⁶² La disposition telle qu'elle ressort du travail parlementaire se caractérise par une lecture difficile, et la commission d'experts se voit reconnaître un très large pouvoir d'appréciation, puisqu'elle peut par exemple "grever l'autorisation de charges afin de garantir la protection des données" (art. 321bis al. 3). Elle peut également "prévoir d'autres simplifications" (telles que des autorisations générales de transmettre des données confidentielles) ce qui revient à lui donner carte blanche. Lucidement, le Conseil fédéral constate le caractère expérimental de la première année d'activité de la commission.⁶³

Le détachement des réglementations sur le traitement des données en procédure pénale est lié à des événements politiques qui ont profondément bouleversé la Suisse à la fin des années quatre-vingt. La démission de la Conseillère fédérale Elisabeth Kopp le 12 décembre 1988 a ouvert une crise juridique et morale, qui a trouvé son expression

61 La notion de "données personnelles sensibles qui ne sont pas librement accessibles" est définie à l'art. 3 lettre e LPD. On peut s'interroger sur un choix de technique législative qui intègre dans le Code pénal une norme qui ne peut se comprendre et surtout s'interpréter qu'à la lumière d'une législation accessoire. Sur les délicats problèmes de technique législative dans ce domaine, voir *Riklin*, op.cit. (n.55), p.681 et ss.

62 BO CN 1991 979; l'autre Chambre émet des réserves, mais finit par approuver le 12 décembre 1991. BO CE 1991 1066, 1068. Texte définitif publié in FF 1992 III, 918.

synthétique dans le rapport d'une commission d'enquête parlementaire publiée le 22 novembre 1989.⁶⁴ Un des aspects les plus douloureux de cette crise a été la découverte de multiples fichiers contenant des données personnelles, entre autres au Ministère public fédéral, organisme à tâches multiples chargé de la direction de la police fédérale et de l'accusation lors des procès pénaux fédéraux. Sans attendre la réorganisation du Ministère public, dont un projet sera déposé prochainement devant le Parlement, le Conseil fédéral a renforcé les dispositions préparées dans le cadre de la LPD. L'évolution technique n'a joué pour ainsi dire aucun rôle. Le gouvernement a ainsi renoncé à réglementer spécifiquement le système de recherches par quadrillage.⁶⁵ Les principes de la LPD sont réaffirmés et quelque peu tempérés : exigence d'exactitude de l'information; transparence de la collecte des données; proportionnalité, essentiellement dans les opérations d'entraide policière et dans la réglementation du droit de consulter le dossier.

Outre les principes régissant l'activité de police judiciaire et l'instruction préparatoire à l'échelon fédéral, le projet du Conseil fédéral contient une base légale, qui avait été exigée, par les cantons de langue française en particulier,⁶⁶ pour la mise en place d'un système de recherches informatisées de police (RIPOL) et d'un système informatisé d'identification des empreintes digitales (AFIS), ainsi que pour la collaboration avec Interpol (art. 351bis-septies CP). La gauche du parlement (socialistes et écologistes) a tenté de renvoyer au gouvernement ce projet, dont elle juge la densité normative insuffisante,⁶⁷ sans succès. Le travail de réglementation est donc à peine entamé; il se prolongera à l'échelon parlementaire avec l'élaboration des règles d'organisation du Ministère public et, dans une éventualité qui ne peut être écartée, avec une actualisation des règles de protection des données en fonction des évolutions techniques. Le gouvernement devra adopter les règles de responsabilité et les "droits des personnes concernées" dans le cadre de l'utilisation des systèmes informatisés de police et d'identification.⁶⁸

64 FF 1990 I 593 et ss.

65 FF 1990 III 1168.

66 Cf. BO CN 1991 2174. Sur la base légale (en fait réglementaire) actuelle, voir l'ATF cité in note 55.

67 BO CN 1991 2327. Le mandat proposé prévoyait "un projet qui régleme au niveau de la loi la responsabilité du traitement des données, les données collectées, les droits des personnes concernées, la durée de conservation et la collaboration avec les cantons".

68 Les "directives sur la mise en application de la protection de l'Etat" ont été publiées le 9 septembre 1992. Elles prévoient entre autres un "devoir de rectification et de communication" à la charge de l'autorité lorsque les données personnelles transmises sont inexactes ou incomplètes (ch. 48).

A l'heure où le présent rapport est rédigé, le travail législatif proprement dit est en voie de s'achever. La décennie qui s'ouvre sera sans doute celle des ajustements réglementaires et jurisprudentiels.