

[ 9 | 2013 ]

# ANWALTS

---

# REVUE

---

# DE L'AVOCAT

---

MARTIN SCHUBARTH

Gedanken über Freiheit  
und Unabhängigkeit SEITE / PAGE 366

DANIEL HUNKELER / INGA LEONOVA

Neuere Entwicklung des Schuldbetreibungs-  
und Konkursrechts SEITE / PAGE 376

SÉBASTIEN FANTI

Professionnels du droit et nouvelles  
technologies: *modus survivendi* SEITE / PAGE 388



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>	<b>363</b>
<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	<b>364</b>
<hr/>	
<b>THEMA / QUESTION DU JOUR</b>	
Martin Schubarth Gedanken über Freiheit und Unabhängigkeit	366
Johanna Busmann Alles an der Akquise ist lernbar, nur der Wille nicht	373
<hr/>	
<b>ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU</b>	
Daniel Hunkeler / Inga Leonova Neuere Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Teil I)	376
Sébastien Fanti Professionnels du droit et nouvelles technologies: modus survivendi (1 <sup>ère</sup> partie)	388
Roger Bieri Auch das ist ERV: Rundschau in den AGB der Betreiber	393
<hr/>	
<b>RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE</b>	<b>398</b>
<hr/>	
<b>ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT</b>	
Ernst Staehelin Sitzungspolizei oder Disziplinarbehörde?	402
<hr/>	
<b>SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX</b>	
Der SAV teilt mit	407
La FSA vous informe	408

### IMPRESSUM

**Anwaltsrevue / Revue de l'avocat**  
16. Jahrgang 2013/16<sup>e</sup> année 2013  
ISSN 1422-5778

**Erscheinungsweise / Parution**  
10-mal jährlich / 10 fois l'an

**Zitiervorschlag / Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

**Herausgeber / Edité par**  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband /  
Fédération Suisse des Avocats

**Chefredaktion / Rédacteur en chef**  
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)  
Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40  
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion /  
Edition et rédaction**  
Stämpfli Verlag AG  
juristisches Lektorat  
MLaw Miriam Eggimann-Jordi (Eg)  
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 18, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com,  
miriam.eggimann-jordi@staempfli.com

**Mitarbeiter / Collaborateur**  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

**Sekretariat SAV / Secrétariat FSA**  
Marktgasse 4, Postfach 8321,  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16  
info@sav-fsa.ch  
www.sav-fsa.ch

**Inserate / Annonces**  
Stämpfli Publikationen AG  
Postfach 8326, CH-3001 Bern  
Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

**Vertrieb / Distribution**  
Stämpfli Verlag AG  
Abomarketing  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 66 77, Fax 031 300 66 88  
order@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

**Preise / Prix**  
Jährlich / Annuel: CHF 198.-, EUR 216.-  
Studenten / Etudiants: CHF 98.-, EUR 129.-  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 25.-, EUR 26.-  
Mitglieder des SAV gratis /  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.

**Copyright**  
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-  
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen

erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est protégée  
par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen  
und Autoren geäußerte Meinungen und  
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-  
gen der Redaktion oder des SAV decken. /  
Les opinions exprimées dans cette revue  
par les auteurs sont personnelles et n'en-  
gagent ni la rédaction ni la FSA.

# PROFESSIONNELS DU DROIT ET NOUVELLES TECHNOLOGIES: MODUS SURVIVENDI (IÈRE PARTIE)\*

SÉBASTIEN FANTI

Avocat au Barreau valaisan, Certifié OMPI, Notaire, Sion

Mots-clés: professionnels du droit, sécurité, protection des données, avocat, notaire, magistrat, responsabilité, principe de précaution, conseils

Le présent article a pour but d'évaluer les risques et les devoirs auxquels sont désormais confrontés les avocats, les notaires et les magistrats suite à l'évolution des technologies de l'information.

## I. Prolégomènes

### 1. La preuve par l'exemple

#### A) *Le prix de vente s'est envolé!*

Un couple désireux d'acquérir une résidence dans le Canton du Valais et conseillé par un courtier opère, suite à l'envoi d'un courriel émanant prétendument d'un notaire<sup>2</sup>, un versement de 4000 francs par Western Union. Dans ce courriel, il est indiqué que le notaire Me X se trouve à Londres pour affaires, ce qui expliquerait le mode singulier de paiement choisi. Un deuxième versement de 2000 francs est, par la suite, exécuté selon les mêmes modalités. Puis, le pseudo-notaire sollicite un versement de 4000 francs qui ne correspond pas aux engagements pris, ce qui suscite une inquiétude et des questionnements. Les acquéreurs contactent alors le notaire qui leur affirme qu'il n'est en rien lié à cette affaire.

L'adresse électronique réelle du notaire est une adresse exploitée par Bluewin.ch. Les deux tickets client Western Union mentionnent expressément que le notaire a perçu la somme de 4000 francs versée par les acquéreurs. Quant au courtier, il n'a bien évidemment pas adressé ces courriels.

Le compte du courtier a très vraisemblablement été piraté dans le sens commun du terme (accès indu à un système informatique – article 143bis du Code pénal *en concours* avec la soustraction de données – article 143 al. 1 CP)<sup>3</sup>. Les gredins ont ainsi pu prendre connaissance de l'identité du notaire et créer une fausse adresse e-mail dont ils se sont servis pour crédibiliser et finaliser leur vol. Le notaire n'a rien su de cette opération. Il a été victime d'une usurpation d'identité numérique, laquelle n'est pas punissable, en tant que telle, en droit suisse<sup>4</sup>. L'inexistence de ce délit sous l'égide du droit suisse est actuellement la principale lacune en relation avec les nouvelles technologies<sup>5</sup>.

Les acquéreurs ont tout de même pris des renseignements aux fins de déterminer si le notaire n'aurait pas dû rendre publique son adresse de courrier électronique. La réponse est négative en ce sens que le fait de ne pas la publier permet également de la protéger. Il conviendra toutefois

\* La suite de cet article paraîtra dans le prochain numéro de la Revue de l'avocat 10/2013.

1 Pour une présentation détaillée de cette affaire, cf. Revue de l'Avocat 11-12/2011, p. 493.

2 Il s'agit d'une adresse électronique auprès de Yahoo en France.

3 GILLES MONNIER, Le piratage informatique en droit pénal, in: sic! 2009 p. 141 ss; SÉVERINE ROUBATY, Cybercriminalité: un point de situation à la lumière de certains droits étrangers, in: Jusletter 27 février 2012; JÉRÉMIE MÜLLER, La cybercriminalité économique au sens étroit, Analyse approfondie du droit suisse et aperçu de quelques droits étrangers, Bâle 2012, § 1.1.1.4.2 p. 34.

4 Ce délit n'existe pas tel quel dans le droit suisse. En revanche, différents articles de loi permettent de poursuivre les cas que l'on peut assimiler à de l'usurpation d'identité. Seuls les actes commis dans le cadre de cette usurpation sont susceptibles de faire l'objet d'une poursuite sur le plan pénal. Selon les modalités et la gravité de l'atteinte, il peut s'agir d'une *infraction contre l'honneur* (art. 173 et suivants du Code pénal) ou alors d'une *atteinte à la personnalité* (art. 28 du Code civil). Par ailleurs, suivant les moyens utilisés préalablement à l'usurpation d'identité, on peut être en présence d'un *délit de soustraction de données* (art. 143 CP), d'*accès indu à un système informatique* (art. 143bis CP), de *détérioration de données* (art. 144bis CP) ou de *soustraction de données personnelles* (art. 179novies CP); cf. également sur cette problématique: ATF 125 II 569 consid. 6a et l'interview du Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet, disponible à cette adresse: <http://e-sens.ch/?id=1460>.

5 En France par exemple, cette usurpation d'identité est passible d'une amende de 15 000 euros et d'un an d'emprisonnement (art. 222-16-1 de la LOPPSI II qui crée deux infractions pénales concernant l'usurpation d'identité numérique); en droit italien, la *sostituzione di persona attraverso una e-mail* constitue une violation de l'article 494 du Code pénal (*sostituzione di persona*), punissable d'une peine de réclusion jusqu'à un an (cf. également Cassazione 46674/2007).

d'intégrer à la réflexion ultérieure la problématique de la notoriété de l'adresse de courriel d'un avocat ou d'un notaire.

*B) Cet avocat est un malade mental! Justice de merde!*

Le notaire comme l'avocat ou le magistrat sont les cibles potentielles de critiques acerbes. Leur réputation dépend en grande partie de leur fonction, leur quantité de travail et leur revenu.

Nombre d'avocats, certains l'ignorent peut-être, sont l'objet de quolibets sur les réseaux sociaux (Facebook et Twitter principalement) ou sur des blogs. En voici un exemple:

Un célèbre avocat français spécialisé en droit des affaires<sup>6</sup> a fait l'objet d'une allégation qui porte manifestement atteinte à ses droits de la personnalité et à son honneur sur le site de questions de Yahoo.com<sup>7</sup>: «*Cet avocat est un malade mental et il est fou vu ce qu'il a créer... pour eux l'argent est le nerf de la guerre (on joue à ce jeu de cons depuis...*»<sup>8</sup>. Ce confrère a toutefois certainement eu vent de ladite publication, celle-ci ayant été supprimée et la mention suivante apposée: «*des questions peuvent parfois être supprimées car elles transgressent la Charte d'utilisation*». Il est très probable qu'une requête tendant à la suppression ait été formulée. Cependant, le texte de la question pouvait encore être retrouvé grâce au cache de Google, cela bien après la suppression de la question. Voilà qui pose la question de la veille anticipative et stratégique dans le cadre de professions exposées.

L'affaire «Appel au peuple<sup>9</sup>» constitue quant à elle un excellent exemple des guerres picrocholines que certains justiciables, respectivement clients peuvent déclencher en représailles de comportements dolosifs ressentis. Les agissements de ce mouvement ayant pris une ampleur considérable tant au siège du Tribunal fédéral qu'au domicile privé de certains juges, des mesures de sécurité particulières ont été prises. Le Tribunal fédéral a même déposé une plainte pénale pour violation de domicile le 27 mars 2003. Différentes procédures pénales ont été nécessaires pour sanctionner les comportements illicites et prévenir leur réitération.

En matière de nouvelles technologies, une décision mérite notre attention. Il s'agit de la décision du Tribunal fédéral du 21 octobre 2009 relative au blocage d'accès à des sites Internet<sup>10</sup>. Le 17 décembre 2008, le juge d'instruction en charge de différentes procédures ouvertes en raison de multiples atteintes à l'honneur a ordonné à l'ensemble des sociétés basées en Suisse qui proposaient la fourniture d'accès à Internet dans leur catalogue de prestations d'empêcher la diffusion en Suisse des pages situées dans onze adresses électroniques, sous-répertoires inclus, contenant des propos attentatoires à l'honneur de nombreux avocats, représentants des autorités judiciaires et journalistes dans un délai de 30 jours<sup>11</sup>. Un recours a été interjeté à l'encontre de cette décision par un fournisseur d'accès, mais il a été déclaré irrecevable en raison de sa tardiveté. Même si la motivation est en conséquence relativement brève, il apparaît de cet arrêt que la décision avait pour but de prévenir la commission de nouvelles infractions. Elle ne paraît donc

pas avoir été rendue en violation des normes légales, même si l'examen a été sommaire. Une telle solution ne semble cependant pouvoir être adoptée que dans des circonstances exceptionnelles, à l'aune du principe de proportionnalité, soit notamment lorsque les atteintes sont graves et les victimes multiples. Elle devrait demeurer l'*ultima ratio* compte tenu des autres possibilités qu'offre le Code pénal, dont le cautionnement préventif (art. 66 CP). A une exception près, soit celle d'un auteur quérulent et indigent pour lequel aucune autre mesure ne paraît pouvoir s'avérer suffisante pour éviter une réitération.

Il existe de multiples exemples<sup>12</sup> d'atteintes aux intérêts d'avocats ou de magistrats, liées aux nouvelles technologies et il est à craindre que leur nombre s'accroisse singulièrement, de sorte que la plus grande prudence s'impose. Il ne suffit plus de réagir, mais bien de prévenir.

## 2. E-Reputation: l'e-Avocat

### A) Personnalité publique?

La première question à se poser a trait au fait de savoir si l'avocat est une personnalité publique. La qualité de personnalité publique ne définit pas en soi le degré de protection de la personnalité, mais elle est prise en compte lorsqu'il faut déterminer s'il existe ou non un intérêt public prépondérant à la diffusion d'informations<sup>13</sup>. Selon la doctrine<sup>14</sup>, certains avocats peuvent être considérés comme des personnalités publiques dès lors qu'ils sont fortement médiatisés, volontairement ou involontairement. L'auteur mentionne nommément différents avocats à titre exemplatif<sup>15</sup>.

Le juge devra déterminer, en cas d'atteinte alléguée, si l'avocat peut être considéré au moment de celle-ci, à l'aune des événements survenus et relativement à une personne, s'il se trouve en présence d'une telle personnalité. Cela ne signifie pas encore qu'un intérêt général est automatiquement reconnu. Si ce statut est reconnu, la protection sera cependant nuancée.

<sup>6</sup> Pour des motifs évidents de confidentialité, son identité sera préservée.

<sup>7</sup> <http://answers.yahoo.com>.

<sup>8</sup> Aucune correction orthographique n'est volontairement intervenue.

<sup>9</sup> Cette association, qui regroupait des déçus de la justice, a conduit différentes actions illégales consistant à stigmatiser le travail d'avocats et de magistrats, parmi lesquelles la publication sur un site Internet d'une «liste de référence des hommes de lois» qui caractérisait sur la base d'avis anonymes l'activité déployée; cf. le rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2003 <http://www.bger.ch/fr/rg-bger-d.pdf>.

<sup>10</sup> Arrêt du 21 octobre 2009 1B\_242/2009.

<sup>11</sup> Sous la commination des articles 292 CP et 177 du Code de procédure pénale vaudois.

<sup>12</sup> A titre exemplatif: <http://www.titejaws.com/wordpress/quest-ce-que-cest-que-cette-justice/>; <http://www.allvisibility.net/dossiers.php?dossier=07>

<sup>13</sup> ATF 127 III 488.

<sup>14</sup> GÉRALDINE AUBERSON, Personnalités publiques et vie privée, Etude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, Bâle 2013, p. 44.

<sup>15</sup> Me Dominique Warluzel, Me Marc Bonnant, Me Charles Poncet ou Me Jacques Barillon.

Citons comme exemple l'arrêt du 13 mai 2013<sup>16</sup> où le Tribunal fédéral objecte précisément à Me Charles Poncet ceci: «*Personnalité connue pour son humour caustique, le recourant est avocat et ancien Conseiller national; il s'exprime régulièrement et publiquement par le biais d'interviews, de chroniques ou de pamphlets. Polémiste notoire et défenseur convaincu de la liberté d'expression, le recourant s'expose naturellement à la critique publique, et doit s'attendre à des réactions en des termes plus acerbes que n'importe quel citoyen. Dans ces circonstances, une atteinte à l'honneur punissable ne doit être admise qu'avec retenue et, en cas de doute, niée.*»<sup>17</sup> Force est de constater à la lecture des commentaires émis relativement à cet arrêt par les internautes<sup>18</sup>

Il en résulte que les avocats médiatisés doivent faire preuve d'une prudence de sioux, car la protection qui leur est octroyée semble s'amenuiser au fur et à mesure que leur notoriété s'accroît. Les avocats n'ayant pas ou pas encore fait l'objet de leurs 15 minutes de célébrité<sup>19</sup> ne sont pas exemptés des mesures préventives qui vont être présentées, car ils sont susceptibles, plus que tout un chacun du fait de leur statut, de faire l'objet d'une vindicte numérique.

#### B) Protection de l'identité virtuelle de l'avocat et lutte contre l'usurpation d'identité

Différentes mesures proactives sont susceptibles de minimiser les risques encourus par les professionnels du droit. L'avocat du 21<sup>ème</sup> siècle doit en effet toiletter son identité virtuelle autant que son identité moléculaire, si ce n'est plus. Voici quelques conseils pragmatiques visant à éviter quelques déconvenues:

- Pour éviter que quelqu'un ne s'approprie votre identité ou ne tente de se faire passer pour vous, réservez vos noms et prénoms sur les principaux réseaux sociaux (Facebook, Twitter, LinkedIn...)<sup>20</sup>.
- Créez une présence en ligne, si modeste soit-elle, de manière à ancrer une référence et à permettre aux internautes de comparer les informations et de vérifier, au besoin, si vous êtes ou non concerné par des allégations litigieuses.
- Implémentez une veille vous concernant au moyen du service Google Alerte<sup>21</sup>: cet outil de veille ultraperformant est gratuit et d'une grande simplicité d'utilisation<sup>22</sup>.
- Vérifiez qu'aucun homonyme n'existe, auquel cas, il conviendrait de se différencier par une présence accrue sur Internet (veille, achat de noms de domaine, production de contenus)<sup>23</sup>.
- Tapez régulièrement votre nom dans le moteur de recherche Google pour déterminer quelles suggestions apparaissent<sup>24</sup> (Google suggest)<sup>25</sup>; il arrive fréquemment que les avocats soient l'objet de suggestions à connotation négative<sup>26</sup>.
- Le choix de l'adresse électronique est stratégique, pour éviter notamment les problèmes de piratage et d'usurpation d'identité déjà exposés; aucun avocat suisse ne devrait être autorisé à avoir une adresse électronique

sur un site public qui ne soit pas suisse (Yahoo, Gmail, etc.) et dont les données ne sont pas intégralement stockées en Suisse (conditions cumulatives), pour éviter des problèmes de secret professionnel<sup>27</sup> et de protection des données (art. 6 al. 2 LPD)<sup>28</sup>; le plus sûr serait de faire héberger le site de l'étude en Suisse avec une garantie de l'hébergeur selon laquelle les données sont stockées en Suisse exclusivement et de créer des adresses de courriel en relation avec ce site<sup>29</sup>. Les clients auraient ainsi un moyen simple de vérifier que le courriel émane de leur avocat et celui-ci s'épargnera des soucis conséquents. Le dernier motif qui justifie ces exigences accrues devrait convaincre les plus réticents: en cas d'acte illicite, il sera beaucoup plus simple et rapide d'identifier les auteurs si les données se trouvent en Suisse; les problèmes de délai de conservation des données de connexion et de commission rogatoire internationale seront ainsi érudés<sup>30</sup>.

16 1B\_368/2012.

17 Le nom de l'avocat est par ailleurs cité nommément sur le site du Tribunal fédéral.

18 <http://www.tdg.ch/geneve/traitre-traitre-longchamp-poncet-perd-tribunal-federal/story/26525168>.

19 Selon l'expression inventée par l'artiste américain Andy Warhol.

20 Un exemple d'usurpation d'identité d'un célèbre avocat blogueur: <http://www.maitre-eolas.fr/post/2007/04/10/595-usurpation-d-identite>.

21 <http://www.google.fr/alerts>.

22 <http://www.protegeronimage.com/realiser-une-veille-ponctuelle-sur-votre-e-reputation-par-google-alerte/>.

23 A titre exemplatif, un avocat américain a vu son compte Facebook être fermé car il portait le même nom que celui du fondateur du réseau social Facebook. Après s'en être offusqué à la télévision, le profil a été remis en ligne: <http://www.lefigaro.fr/societes/2011/05/15/04015-20110515ARTFIG00273-facebook-un-homonyme-de-mark-zuckerberg-exclu.php>.

24 La recherche instantanée (Google suggest) permet d'afficher 10 résultats, soit la liste des 10 requêtes les plus populaires déjà tapées par les internautes qui commencent pas ces lettres ou mots. Le fait de savoir s'il s'agit du résultat d'un calcul statistique est discuté.

25 Pour de plus amples informations et quelques exemples: SÉBASTIEN FANTI, Google suggest: analyse de la première jurisprudence helvétique à l'aune des décisions récentes sur le plan international, in: Jusletter 26 mars 2012.

26 Lors d'une recherche intervenue le 6 septembre 2013, recherche opérée avec le nom et le prénom de l'avocat ayant fait l'objet de l'arrêt du 28 juillet 2011 (2C\_187/2011), il est apparu en troisième suggestion: X (prénom) Y (nom) radié. L'arrêt du Tribunal fédéral concerne une radiation du registre cantonal des avocats, d'où un problème évident d'atteinte à la personnalité.

27 Notamment en cas d'accès par des autorités étrangères à ces données.

28 Pour de plus amples explications notamment en relation avec la nécessité de crypter ses courriels, ADRIAN RUFENER, «Clic informatique» – devrions nous sécuriser les e-mails échangés avec nos clients, in: Revue de l'avocat 9/2011, p. 381; SÉBASTIEN FANTI, De la responsabilité de l'avocat s'agissant de l'utilisation du courrier électronique, Revue de l'Avocat 11-12/2011, p. 493.

29 [www.sebastienfanti.ch](http://www.sebastienfanti.ch) et [sebastien.fanti@sebastienfanti.ch](mailto:sebastien.fanti@sebastienfanti.ch).

30 Aux Etats-Unis, s'agissant d'une atteinte à l'honneur, il est pour le moins incertain qu'une collaboration interviennent pour identifier l'auteur en raison des garanties constitutionnelles (premier amendement de la constitution des Etats-Unis).

### 3. E-Reputation: le client

#### A) La protection des intérêts du client sur Internet & sur les réseaux sociaux

Il arrive régulièrement que les arrêts publiés par le Tribunal fédéral sur son site Internet ne soient pas totalement anonymisés, de sorte que le justiciable est identifié ou identifiable<sup>31</sup>.

*Nous nous efforçons d'anonymiser nos arrêts avec la plus grande attention. Il arrive malheureusement parfois qu'un nom nous échappe. Nous vous remercions de nous avoir signalé cet oubli que nous regrettons vivement*<sup>32</sup>. Selon les articles 59 ss LTF, les procédures devant le Tribunal fédéral sont généralement publiques. Par conséquent, le TF met à disposition du public les dispositifs de tous ses arrêts sous une forme non anonymisée, dans le hall d'entrée de son établissement (cercle limité). Toute personne saisissant le Tribunal fédéral doit s'attendre à ce que son affaire soit rendue publique.

En substance, les décisions sont donc, en principe, publiées sous une forme anonyme<sup>33</sup>. L'engagement de la responsabilité de la Confédération est dans ces conditions difficilement envisageable.

L'avocat doit-il dans ces conditions et nanti de ce constat, assurer la protection des intérêts de son client relativement à la publication des arrêts le concernant sur Internet ? La réponse doit être positive. Tout d'abord, l'avocat est désormais censé avoir une certaine maîtrise des outils de recherche de la jurisprudence<sup>34</sup>. Le client quant à lui ignore généralement sur quel site l'arrêt sera publié, respectivement comment y accéder. Le mandataire doit donc vérifier que l'arrêt ne comporte aucune donnée personnelle permettant l'identification de son client et, dans l'affirmative, intervenir immédiatement pour en obtenir l'anonymisation. A défaut, l'atteinte aux droits de la personnalité du client pourrait devenir exponentielle. Cette solution pragmatique se justifie d'autant plus que le Tribunal fédéral ne procède à l'anonymisation *a posteriori* que sur son site Internet:

*Par souci d'ordre, nous attirons votre attention sur le fait qu'une anonymisation survenue après coup a un effet limité au Tribunal fédéral. En effet, notre base de données est téléchargée par d'autres bases de données dont nous ne pouvons contrôler le contenu. Il sera donc encore possible de trouver l'arrêt concerné avec le nom de votre mandant... Dès lors, nous vous conseillons, le cas échéant, d'adresser également votre demande à ces bases de données spécialisées et aux moteurs de recherches tels que Google, Altavista, Search, etc.*<sup>35</sup>

En clair, si l'identité du client est révélée sur le site du Tribunal fédéral, il convient de réagir à très bref délai pour éviter une propagation des données personnelles sur d'autres sites qui reprennent les arrêts de la Haute Cour, sans compter les moteurs de recherche. Il s'agit d'une nouvelle incombance de l'avocat. Serait-elle susceptible en cas de dommage créé au mandant d'engendrer une sanction pour violation de l'article 12 let. a LLCA ? Il s'agit en effet d'une activité du mandataire qui doit s'efforcer par tout moyen utile et approprié de sauvegarder les intérêts

du client, donc également d'éviter une propagation d'une information défavorable à son client qui ne l'aurait pas été sans cette absence d'anonymisation. On ne peut évidemment le reprocher au mandataire qui plaide dans une cause célèbre ou ayant fait l'objet d'une couverture médiatique si minime soit-elle.

Cette conclusion peut apparaître sévère pour d'aucuns, mais elle va très certainement devenir la règle à l'avenir dès lors que les bases de données des tribunaux seront reprises *in extenso* par des sites professionnels (swisslex.ch, weblaw.ch, etc.), des sites d'information ou encore les moteurs de recherche.

Le Tribunal fédéral n'est pas la seule instance dont les décisions génèrent des problèmes d'anonymisation. La Cour européenne des droits de l'homme n'opère pas d'anonymisation automatique, même lorsque l'affaire concerne précisément une violation de l'article 8 CEDH garantissant le respect de la vie privée et familiale (par exemple K. c. Suisse<sup>36</sup>).

Il convient donc d'implémenter une veille qui peut s'avérer salutaire relativement à ses clients tant sur Internet que sur les réseaux sociaux<sup>37</sup> non seulement s'agissant des informations publiées par les Tribunaux, mais égale-

<sup>31</sup> Arrêt du 23 avril 2012 2C\_908/2011 qui concerne un cas de tentative de soustraction fiscale où le nom du justiciable est mentionné nommément, étant précisé qu'il a été correctement anonymisé depuis sur le site du TF, mais qu'on le retrouve sur Google encore aujourd'hui: [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2011/Entscheide\\_2C\\_2011/2C.908\\_\\_2011.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2011/Entscheide_2C_2011/2C.908__2011.html); arrêt du 12 avril 2013 9C\_821/2012 relatif à un problème de pratique non économique d'un médecin et de restitution subséquente de montants aux assureurs maladie, étant précisé que le nom du médecin ne figure plus sur le site du TF, mais est accessible sur internet encore aujourd'hui: [http://justools.ch/index.html?bgeunpubl\\_liste/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2012/Entscheide\\_9C\\_2012/9C\\_821\\_\\_2012.html](http://justools.ch/index.html?bgeunpubl_liste/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2012/Entscheide_9C_2012/9C_821__2012.html).

<sup>32</sup> Lettre du Président de la II<sup>ème</sup> Cour de droit social du 23 avril 2008 dans la cause I 481/04.

<sup>33</sup> Pour une analyse des règles légales prévalant, cf. SJZ 99 265; VPB 70 (2006) n. 73.

<sup>34</sup> François Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 1089; arrêt du 15 novembre 2005 6P.91 et 6S.260/2005 consid. 3.5.

<sup>35</sup> Lettre du Président de la II<sup>ème</sup> Cour de droit social du 23 avril 2008 dans la cause I 481/04.

<sup>36</sup> Cette décision est disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme de manière non anonymisée, ce qui paraît singulier compte tenu du fait que la jeune femme dont le nom et le prénom sont mentionnés dans l'arrêt publié était accusée d'avoir exercé une activité de prostituée et que la Cour avait considéré que cette information n'avait pas été démontrée et partant que la donnée avait été introduite illégalement dans un dossier de police: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#fulltext:«kheilili%20contre%20suisse»>, documentcollectionid2:«GRANDCHAMBER», «CHAMBER»], «itemid:«001-107032»]; et l'identité figure également sur le site suivant: [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?type=show\\_document&highlight\\_docid=cedh://20111018\\_16188\\_07](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?type=show_document&highlight_docid=cedh://20111018_16188_07).

<sup>37</sup> Notamment au moyen du service Google Alerte; pour la surveillance des réseaux sociaux: <http://www.e-marketing.fr/Infographie/Quid-des-outils-de-surveillance-des-reseaux-sociaux-en-2013--53291.htm>.

ment par des tiers, voire même des parties adverses. Dans ce contexte et pour éviter les déconvenues, il semble opportun d'orienter ses clients sur la nécessité d'être discrets et d'éviter de publier des informations, si insignifiantes soient-elles, qui pourraient s'avérer préjudiciables à leurs intérêts.

Les sites tiers soit ceux qui reprennent la jurisprudence du Tribunal fédéral devraient également être astreints à une obligation d'anonymisation distincte de celle de notre Haute Cour. Cela semble possible à l'une d'une délibération de la Commission Informatique et Libertés (CNIL) du 12 juillet 2011 dans l'affaire Lexeek<sup>38</sup> au terme de laquelle une condamnation à 10 000 euros d'amende pour non-anonymisation de décisions judiciaires a été prononcée. Cette sanction consacre l'émergence du droit à l'oubli numérique suite une décision judiciaire.

Contrairement au Tribunal fédéral, ces sites tiers ne sont pas au bénéfice d'une base légale formelle les autorisant à ne pas procéder à une anonymisation.

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (le pendant helvétique de la CNIL) pourrait donc émettre une recommandation. La voie civile est également ouverte (art. 28 ss CC) si des informations personnelles sont ainsi diffusées.

De surcroît, la délibération n° 01-057 se fonde sur la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 et la directive européenne du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, soit des textes intégrés que la Suisse a ratifiés. Une procédure pénale pourrait finalement être envisagée pour violation de l'article 34 al. 1 LPD en raison de la violation de l'article 14 al. 3 LPD, pour autant que nous nous trouvions en présence de données sensibles, ce qu'il conviendra de déterminer *in concreto*<sup>39</sup>.

*La suite de cet article paraîtra dans le prochain numéro de la Revue de l'avocat.*

---

**38** <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/17/>.

**39** Un des arrêts où l'anonymisation n'est pas intervenue au Tribunal fédéral (I 481/04) a permis à des tiers de savoir qu'une personne était affectée d'une maladie grave (rétinite pigmentaire), ce qui constitue une donnée sensible.