



Berne, juin 2023

Modification de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (Utilisation des médias sociaux par l'adminis- tration fédérale)

Rapport explicatif
relatif à l'ouverture de la procédure de
consultation



Table des matières

1	Contexte	3
1.1	Nécessité d’agir et objectifs visés	3
1.2	Bases légales des activités d’information et de communication du Conseil fédéral et de l’administration fédérale. Nécessité d’agir	3
1.3	Libertés d’opinion et d’information et restriction de celles-ci.....	4
1.4	Pratique actuelle	5
1.5	Solutions étudiées et solution retenue	5
1.6	Objectifs de la réglementation au niveau de l’ordonnance	5
2	Présentation du projet	6
2.1	Réglementation proposée	6
2.2	Mise en œuvre	6
3	Commentaire des dispositions	6
4	Conséquences	13
4.1	Conséquences pour la Confédération	13
4.2	Conséquences pour les cantons.....	13
4.3	Conséquences sociales	14
5	Aspects juridiques	14

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Le Conseil fédéral a adopté la stratégie « Médias sociaux » le 12 mai 2021 (FF 2021 1237). Elle met en œuvre la recommandation 5 du rapport du 15 octobre 2019 de la Commission de gestion du Conseil national « Relations publiques de la Confédération » (FF 2020 1079). La stratégie prévoit une communication renforcée et unifiée dans les médias sociaux et est contraignante pour l'activité des départements et de la Chancellerie fédérale dans les médias sociaux. Elle relève que l'utilisation par l'administration fédérale des possibilités de commentaire, de dialogue et d'interaction offertes par les plateformes sociales soulève des questions fondamentales.

Le Conseil fédéral a chargé la Chancellerie fédérale (ChF) d'élaborer d'ici la fin de la législature 2019 à 2023, en collaboration avec la Conférence des services d'information de la Confédération (CSIC), des directives pour une communication interactive et axée sur le dialogue. La stratégie établit au ch. 7.5 qu'il faut « adopter des lignes directrices pour une communication interactive, axée sur le dialogue et conforme à l'objectif de la communication des autorités de contribuer à un débat public objectif et respectueux. Ces lignes directrices doivent établir quand les autorités autorisent les fonctions de dialogue et les commentaires, comment elles contrôlent les commentaires et quels sont leurs critères pour supprimer des contributions ou limiter ou désactiver des fonctions. Elles doivent également aborder la question du plurilinguisme ».

1.2 Bases légales des activités d'information et de communication du Conseil fédéral et de l'administration fédérale. Nécessité d'agir

Le Conseil fédéral et l'administration fédérale ont un mandat d'information : informer n'est pas qu'une possibilité, c'est une obligation. La communication avec le public fait aussi partie des tâches du Conseil fédéral et de l'administration fédérale (art. 180, al. 2, de la Constitution [Cst.] ; RS 101 ; art. 10, 11, 34 et 40 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA] ; RS 172.010). Le droit ne prescrit pas, sauf en ce qui concerne les publications au sens de la loi du 18 juin 2004 sur les publications officielles (LPubl ; RS 170.512), la forme que doivent prendre l'information et la communication. Le mandat d'information et de communication peut donc aussi être exécuté au moyen des médias sociaux.

D'un point de vue juridique, les activités d'information et de communication ne résultent pas de décisions formelles, mais sont des actes dits matériels, comme la publication de communiqués de presse, les sites Internet ou, précisément, la mise à disposition de contenus d'information dans les médias sociaux.

En vertu de l'art. 35, al. 2, Cst., quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Cette règle s'applique également aux activités d'information du Conseil fédéral et de l'administration fédérale. Au surplus, les autorités ne peuvent restreindre les droits fondamentaux que si les conditions prévues à l'art. 36 Cst. sont remplies.

1.3 Libertés d'opinion et d'information et restriction de celles-ci

Les libertés d'opinion et d'information consacrées à l'art. 16 Cst. sont cruciales en ce qui concerne la modération des commentaires relatifs aux contributions des autorités dans les médias sociaux.

Par liberté d'opinion, on entend le droit de toute personne de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion. La notion d'opinion doit être comprise au sens large. Le Tribunal fédéral entend par là les résultats de processus de pensée ainsi que les convictions rendues rationnellement saisissables et communicables sous la forme de prises de position, d'appréciations, d'opinions, de conceptions et autres (ATF 117 la 472, consid. 3c, 478). La liberté d'opinion protège non seulement les messages rationnels et intuitifs, mais aussi l'expression des sentiments (ATF 127 I 164, consid. 3b, 164). La notion d'opinion se réfère également à des présentations de faits et à la reproduction d'autres opinions (ATF 113 la 319, consid. 5a). La liberté d'opinion ne protège pas que les opinions et les informations qui conviennent aux autorités étatiques et qui sont considérées comme inoffensives, mais aussi précisément les opinions minoritaires et les déclarations critiques, provocatrices, choquantes ou inquiétantes (ATF 138 I 274, consid. 2.2.1). En outre, ce ne sont pas seulement les contenus qui sont protégés, mais aussi toutes les formes et tous les moyens de communication verbaux et non verbaux. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les déclarations de nature commerciale ne sont pas couvertes par la liberté d'opinion, mais par la liberté économique consacrée à l'art. 27 Cst., à la différence de l'art. 10 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; RS 0.101), laquelle ne mentionne pas la liberté économique. En conclusion, les déclarations de nature commerciale, sont protégées tant par la Cst. que par la CEDH.

La notion d'information doit elle aussi être comprise au sens large. La liberté d'information protège le droit de toute personne de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.

La modération des contributions des utilisateurs dans les médias sociaux, en faisant disparaître leurs commentaires ou par le blocage de l'accès des utilisateurs aux profils des unités administratives, peut conduire à une atteinte aux droits fondamentaux (ATF 2C_1023/2021 du 29 novembre 2022, consid. 3.1), qui nécessite une base légale au sens de l'art. 36, al. 1, Cst. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi formelle. Sinon, une loi au sens matériel, telle qu'une ordonnance du Conseil fédéral, suffit. La base légale doit être formulée avec un degré de précision suffisant, de manière à permettre à la personne concernée d'agir conformément à celle-ci et de reconnaître les conséquences d'un certain comportement avec un degré de certitude adapté aux circonstances (ATF 117a 472, consid. 3e, 480). Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36, al. 2, Cst.) et être proportionnée au but visé (art. 36, al. 3, Cst.). Enfin, l'essence des droits fondamentaux est inviolable (art. 36, al. 4, Cst.). En raison de l'importance particulière des libertés d'opinion et d'information pour une société démocratique, les exigences sont élevées. Les atteintes doivent aussi être évaluées à l'aune de la possibilité d'effets intimidants et dissuasifs (effets paralysants).

1.4 Pratique actuelle

Les départements et les offices sont nombreux à être présents dans les médias sociaux et à disposer de leurs propres profils. Certains de ces profils sont dotés de nétiquettes accessibles au public, qui informent sur la manière dont les commentaires sont traités. Des services ont fixé des règles dans des documents internes. Ces règles diffèrent parfois fortement. Les appels à la haine, les insultes, la publicité et les contributions sont traités de manière très inégale.

1.5 Solutions étudiées et solution retenue

La manière dont les autorités règlent les contributions des utilisateurs sur leurs profils dans les médias sociaux peut entraîner une restriction de la liberté des médias et de l'information consacrée à l'art. 16 Cst. La création d'une base légale s'impose donc.

Il n'est pas nécessaire de l'inscrire dans une loi au sens formel car la restriction des libertés d'opinion et d'information en relation avec la modération des profils des unités de l'administration fédérale centrale n'est pas grave, notamment parce qu'il est possible d'exprimer une opinion au moyen de plusieurs profils (même anonymes). Il est en outre possible de changer de domaine sur une plateforme ou de changer de plateforme.

La possibilité d'une réglementation dans des directives ou des instructions du Conseil fédéral ou de la ChF a également été étudiée. Les directives et les instructions sont des ordonnances administratives : elles sont contraignantes pour les autorités, mais ne créent ni droits ni obligations pour les individus. Elles ne remplissent donc pas les exigences d'une base légale qui peut, dans certaines conditions, prévoir des restrictions à la liberté d'opinion.

La base légale doit par conséquent être créée par le Conseil fédéral par des dispositions d'exécution des règles matérielles des art. 10, 11, 34 et 40 LOGA. L'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010) est l'acte qui s'y prête.

1.6 Objectifs de la réglementation au niveau de l'ordonnance

- Garantir une pratique uniforme et adéquate des unités de l'administration fédérale centrale en matière de modération sur ses profils dans les médias sociaux ;
- Créer une base légale, parce que la modération par les unités de l'administration fédérale centrale sur les profils sociaux peut restreindre les libertés d'opinion et d'information garanties par l'art. 16 Cst. ;
- Éviter dans la mesure du possible toute atteinte aux libertés d'opinion et d'information ;
- Assurer une modération efficiente et économique ;
- Garantir que les unités de l'administration fédérale centrale utilisent les médias sociaux dans les trois langues officielles.

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée

La base légale de la modération des contributions des utilisateurs par les unités administratives compétentes de l'administration fédérale centrale, au sens des art. 2, al. 2, LOGA et 7 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1) en relation avec l'annexe 1 OLOGA, sur leurs profils dans les médias sociaux doit être définie aux art. 23a ss de la section 4 OLOGA (Information et communication).

Le projet de réglementation prévoit des règles applicables aux unités de l'administration fédérale centrale présentes dans les médias sociaux lorsque l'utilisation ou la mise à disposition de la fonction de commentaire est autorisée. Une autre disposition règle les commentaires non autorisés des utilisateurs et leur traitement par les unités administratives.

2.2 Mise en œuvre

La ChF édictera un aide-mémoire pour la mise en œuvre des dispositions de l'ordonnance concernant la modération des contributions des utilisateurs. Au surplus, une nétiquette sera créée et mentionnée sur les profils des unités administratives. Celle-ci, qui a valeur déclaratoire, expliquera les dispositions de l'ordonnance d'une manière compréhensible pour les utilisateurs.

3 Commentaire des dispositions

Art. 23a Utilisation des médias sociaux

Al. 1 : les fournisseurs de plateformes de médias sociaux subordonnent l'utilisation de celles-ci à l'acceptation de conditions d'utilisation qui confèrent aux fournisseurs des droits étendus en matière d'effacement de contributions et de blocage de comptes d'utilisateurs, ainsi que des droits d'utilisation étendus sur les contributions mises en ligne par les utilisateurs sur leurs plateformes. De plus, ils peuvent généralement modifier les conditions d'utilisation à leur guise. La présente ordonnance ne permet pas de restreindre la liberté des fournisseurs de fixer et de modifier leurs conditions d'utilisation. Elle définit cependant des conditions qui doivent être remplies par ces conditions d'utilisation et leur application concrète pour que les unités administratives puissent utiliser une plateforme déterminée ou certaines fonctionnalités de cette plateforme. Les conditions suivantes doivent par conséquent être remplies pour que les unités administratives puissent gérer des profils, sur lesquels elles peuvent se présenter et publier des contenus, dans des médias sociaux servant aux relations avec le public au sens de l'art. 11 OLOGA.

Let. a : les unités administratives ne peuvent gérer un profil que si leurs contenus peuvent être consultés par toutes les personnes majeures habitant en Suisse. Ces personnes doivent pouvoir ouvrir un compte d'utilisateur ou accéder d'une autre manière au média social concerné (par ex. en acceptant les conditions d'utilisation de l'exploitant du média social), de sorte qu'elles puissent accéder librement aux contributions des unités administratives. La let. a ne s'applique pas aux médias sociaux qui ne

sont accessibles qu'à des groupes fermés d'utilisateurs (par ex. Clubhouse, qui ne peut être utilisé que sur invitation par des personnes inscrites). Elle ne s'applique pas non plus aux médias sociaux pour lesquels les utilisateurs doivent verser une contribution financière dépassant quelques francs par mois et qui a un effet prohibitif. Lorsqu'un média social relève de la let. a, mais offre également des fonctions qui permettent de limiter l'accès à des contenus, qui servent à l'exécution du mandat d'information, à un cercle restreint d'utilisateurs, les unités administratives ne peuvent pas faire usage de ces fonctions.

Let. b : en règle générale, les auteurs conservent leurs droits sur les contributions diffusées dans les médias sociaux. Toutefois, les fournisseurs de plateformes de médias sociaux obtiennent le plus souvent, avec l'acceptation des conditions d'utilisation par les unités administratives en tant qu'utilisateurs, des droits d'utilisation très étendus sur les contenus mis à disposition. En outre, les fournisseurs peuvent par exemple prévoir dans les conditions d'utilisation que les contributions peuvent être censurées à l'aide de filtres automatiques. Si la censure concerne les relations entre les unités administratives, qui sont tenues de respecter les droits fondamentaux, et les autres utilisateurs d'un média social, dans lequel les contributions des utilisateurs sont automatiquement supprimées sur les profils des unités administratives (cf. art. 23b), cela peut entraîner une violation des droits fondamentaux, notamment de la liberté d'expression des utilisateurs. Pour qu'une unité administrative puisse gérer un profil public dans un média social, les conditions d'utilisation et la technique doivent lui permettre de rendre inaccessible à tout moment son compte d'utilisateur, y compris les contenus partagés dans le média social concerné. On ne saurait garantir autrement qu'elle reste en mesure de déterminer à quels contenus de son profil sur la plateforme concernée — en particulier en cas de violations des droits fondamentaux — il est possible d'accéder. De cette manière, il est possible de se retirer d'une plateforme dont les conditions d'utilisation ont changé à tel point qu'il n'est plus possible de l'utiliser en tout ou partie conformément à la présente réglementation.

Par ailleurs, lorsqu'elles mettent à disposition des informations, les unités administratives doivent respecter les règles générales relatives à la mise à disposition d'informations prévues par les art. 10, 11, 34 et 40 LOGA et 23 OLOGA. L'information doit en particulier être cohérente, rapide et continue (art. 10 OLOGA). Avant les votations fédérales, les unités administratives doivent au surplus respecter les dispositions de l'art. 10a de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (LDP ; RS 161.1). Elles doivent en particulier respecter les principes de l'exhaustivité, de l'objectivité, de la transparence et de la proportionnalité.

Al. 2 : les personnes qui n'utilisent pas les médias sociaux, par choix, par exemple parce qu'elles ne veulent pas accepter les conditions d'utilisation, ne doivent pas être défavorisées. L'al. 2 prévoit donc que tous les contenus proposés dans les médias sociaux doivent être librement accessibles sur les sites Internet des unités administratives ou par d'autres canaux contrôlés par celles-ci. Cela ne signifie toutefois pas que les contenus doivent être présentés de la même manière. Il est donc possible que certains contenus proposés dans les médias sociaux soient plus illustrés ou illustrés différemment.

Étant donné que les sites Internet et les autres canaux éventuels sont contrôlés par les unités administratives, l'enregistrement et les données des utilisateurs doivent respecter les dispositions de la LOGA et de l'ordonnance pertinente ; les unités administratives sont en mesure de garantir le respect de ces dispositions (art. 57i à 57q LOGA et ordonnance du 27 février 2012 sur le traitement des données personnelles liées à

l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération [RS 172.010.442]). La création et l'analyse de profils d'utilisateurs, de règle sur les plateformes de médias sociaux, ne sont pas nécessaires aux fins des art. 57l à 57o LOGA et ne sont donc pas autorisées. Il est par contre possible, en particulier afin de garantir la sécurité, de journaliser un jeu de données, relativement restreint, concernant les utilisateurs des sites Internet.

Al. 3 : un média social au sens de la présente ordonnance est une plateforme électronique sur laquelle les unités administratives et les utilisateurs peuvent partager des contenus d'information, de divertissement ou de formation. Ce sont donc les unités administratives et les utilisateurs eux-mêmes qui sont responsables des contenus disponibles sur la plateforme électronique. À la différence des mass-médias, les unités administratives et les utilisateurs ne sont pas que les destinataires des contributions, mais peuvent en produire eux-mêmes pour d'autres destinataires (cf. art. 5, let. e, du projet de loi fédérale sur la protection des mineurs dans les secteurs du film et du jeu vidéo ; FF 2020 7907, 7999). Les médias sociaux les plus connus sont Facebook, Instagram, Twitter et TikTok (état : mars 2023). Les services de messagerie fermés tels que WhatsApp, Threema ou Signal ne sont pas considérés comme des plateformes de médias sociaux. Ne sont pas non plus des médias sociaux au sens de la présente ordonnance les plateformes collaboratives publiques ou semi-publiques, telles que Github, qui servent à l'élaboration de logiciels mais ne servent pas aux relations avec le public au sens de l'art. 11 LOGA (cf. aussi al. 1).

Art. 23b *Gestion de profils interactifs*

Les unités administratives ne peuvent gérer des profils interactifs qui si le média social concerné remplit les conditions prévues par l'art. 23b, al. 1. Si ce n'est pas le cas, le média social peut être utilisé uniquement pour fournir des informations conformément à l'art. 23a. Par fonctions interactives, on entend les instruments techniques d'un média social qui permettent par exemple à deux ou à plusieurs utilisateurs d'interagir par le biais de *likes*, de *dislikes*, de commentaires et de réponses à des commentaires.

Al. 1 : l'al. 1 prévoit les conditions suivantes pour l'utilisation des fonctions interactives :

Let. a : toutes les personnes majeures habitant en Suisse doivent pouvoir ouvrir un compte d'utilisateur ou avoir accès d'une autre manière au média social concerné, de sorte que les contributions des unités administratives ne soient pas seulement accessibles sans restriction (cf. art. 23a, al. 1, let. a) mais puissent aussi être commentées par les utilisateurs. Un média social peut toutefois remplir la condition visée à la let. a, même si, en l'espèce, le compte d'un utilisateur est temporairement bloqué, par exemple en raison du non-respect des conditions d'utilisation du fournisseur.

Let. b et c : le média social doit prévoir une modération. L'exploitant d'un profil doit en particulier pouvoir faire disparaître certaines contributions d'utilisateurs.

Al. 2 : l'al. 2 prévoit que les unités administratives doivent pouvoir être contactées au moyen de leurs profils. Techniquement, cette possibilité peut être assurée par un service de messagerie dans le média social concerné, mais aussi par l'indication d'une adresse Internet ou d'une adresse électronique spécifique sur le profil de l'unité administrative. Lorsqu'elles appliquent les mesures prévues à l'art. 23c, al. 1 à 3, aux commentaires non autorisés, par exemple en faisant disparaître des contributions ou en

bloquant certaines personnes, les unités administratives portent atteinte à la liberté d'expression des utilisateurs. Une voie de droit répondant aux exigences de l'art. 29a Cst. (ATF 2C_1023/2021 du 29 novembre 2022, consid. 2.1) doit donc être ouverte. Les utilisateurs concernés doivent pouvoir, dans un premier temps, demander à l'unité administrative compétente les raisons pour lesquelles les mesures ont été prises ou exiger qu'elles soient révoquées. Enfin, ils doivent pouvoir exiger que les unités administratives rendent une décision au sens de l'art. 25a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

En vertu de l'art. 25a PA, les unités administratives sont tenues de rendre une décision sur une mesure valant acte matériel, lorsque l'utilisateur a un intérêt digne de protection et que la mesure touche à ses droits ou à ses obligations. Il y a intérêt digne de protection lorsque la situation de fait ou de droit de la personne peut être influencée par l'issue de la procédure. Cet intérêt consiste à éviter un inconvénient concret que l'acte entraînerait autrement. Au demeurant, l'intérêt doit être actuel et pratique et l'utilisateur doit être particulièrement concerné par l'acte. En outre, il doit être touché dans ses droits. Le fait de toucher à des droits ou des obligations constitue une ingérence dans la sphère juridique personnelle de la personne concernée et porte atteinte à un statut juridique digne de protection fondé sur des droits fondamentaux. Enfin, il doit y avoir un lien de causalité adéquat entre l'acte des unités administratives et le fait d'être touché dans ses droits et obligations (cf. Beatrice Weber-Dürler, Pandora Kunz-Notter in: VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. A. 2019, art. 23a, ch. 6 ss ; René Wiederkehr, Christian Meyer, Anna Böhme in : VwVG Kommentar - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlasse, 2022, art. 25a, ch. 13 ss).

Art. 23c Modération des profils interactifs

L'art. 23c, al. 1, énumère les catégories de contributions non autorisées des utilisateurs dans les profils des unités administratives et les mesures que ces dernières peuvent prendre contre ces contributions. L'al. 1 règle la possibilité de faire disparaître des commentaires et les al. 2 et 3 règlent les mesures à prendre dans des cas particuliers. Cet article crée donc la base légale nécessaire aux restrictions des libertés d'opinion et d'information, garanties par l'art. 16 Cst., qui pourraient découler des mesures.

Les mesures doivent être proportionnées et justifiées par un intérêt public. Au surplus, l'essence de la liberté d'opinion garantie à l'art. 16, al. 1, Cst. doit être préservée. La censure préalable au sens d'un contrôle préventif et systématique du contenu des opinions destinées à être communiquées est interdite. Cela signifie que les contributions des utilisateurs ne peuvent pas être contrôlées et effacées préalablement et systématiquement par l'exploitant.

Le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst. ; art. 9, ch. 2, CEDH) exige qu'une mesure prise par une autorité soit appropriée et nécessaire pour atteindre le but poursuivi dans l'intérêt public ou privé et qu'elle s'avère raisonnablement exigible des personnes concernées, compte tenu de la gravité de la restriction des droits fondamentaux. L'atteinte ne doit pas être plus importante que nécessaire sur le plan matériel, spatial, temporel et personnel (ATF 142 I 49, consid. 9.1, 69). Une mesure est disproportionnée si le but visé peut être atteint par une atteinte moins grave aux droits fondamentaux.

Les exigences en matière d'intérêt public sont très élevées en raison de l'importance des libertés d'opinion et d'information pour le processus démocratique et social de formation de l'opinion dans le domaine du débat politique. L'intérêt public à une

restriction de la liberté d'opinion s'oppose à l'intérêt public à la libre formation de l'opinion. L'intérêt public de mesures ne peut donc pas être admis à la légère. Il est notamment donné pour permettre un débat public objectif et préserver la sûreté intérieure, la morale, la tranquillité et l'ordre public.

L'al. 1, let. a et b, établit la liste exhaustive des contributions que les unités administratives peuvent faire disparaître de leurs profils. Si une contribution correspond à un de ces critères, l'unité administrative peut la faire disparaître pour les personnes qui consultent le profil. La mise en œuvre de la possibilité de faire disparaître une contribution doit être documentée de manière adéquate, afin que l'utilisateur concerné puisse demander une décision au sens de l'art. 25a PA (cf. commentaire de l'art. 23b, al. 2). L'unité administrative peut en outre recourir aux mesures prévues aux al. 2 et 3 dans des cas particuliers. Même s'il s'agit d'une disposition potestative, l'unité administrative ne peut pas, dans certains cas, renoncer à supprimer un commentaire, notamment au regard du code pénal (CP ; RS 311.0 ; par ex. appel au génocide). Par ailleurs, les employés de la Confédération sont soumis à l'obligation de dénoncer en vertu de l'art. 22a de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1).

Let. a : la décision de faire disparaître des contributions énumérées au ch. 1 à 6 doit reposer sur des motifs concrets de croire que les faits mentionnés sont avérés.

Ch. 1 : les contributions des utilisateurs qui incitent à commettre un délit ou un crime sont inadmissibles en vertu du ch. 1. Par délit, on entend les infractions prévues à l'art. 10 CP. Il s'agit d'actes que le CP punit d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (exemples : lésions corporelles simples visées à l'art. 123 CP ; dommages à la propriété visés à l'art. 144). Aux termes de l'art. 10, al. 2, CP, les crimes sont les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (exemples : assassinat visé à l'art. 112 CP, lésions corporelles graves visées à l'art. 122 CP, vol visé à l'art. 139 CP, escroquerie visée à l'art. 146 CP). Les unités administratives ne sont cependant pas des autorités pénales. Elles n'examinent pas les commentaires à la lumière des règles du CP. Le ch. 1 n'exige pas que les éléments constitutifs de l'infraction visée à l'art. 259 CP, qui menace d'une peine la provocation publique au crime ou à la violence, soient réunis. L'unité administrative examine plutôt si, à l'aune de critères objectifs, un commentaire incite à commettre des délits ou des crimes. Si c'est le cas, elle peut faire disparaître le commentaire. Elle doit alors en particulier veiller à ce que cette mesure respecte le principe de proportionnalité dans le cas concret.

Ch. 2 : sont inadmissibles au sens du ch. 2 les contributions qui incitent à la haine ou à la violence. L'incitation à la violence visée au ch. 2 se fonde sur l'art. 259, al. 2, CP, qui porte sur l'incitation à commettre un délit impliquant la violence contre autrui ou des biens, mais doit être comprise dans un sens plus large et englobe la provocation à toute forme de violence contre des personnes ou des choses. L'incitation à la haine se fonde sur l'art. 261^{bis} CP. L'incitation à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle est illicite. Comme pour le ch. 1, on retiendra que les unités administratives ne sont pas des autorités pénales qui procèdent à un examen des éléments constitutifs de l'infraction à la lumière des règles du CP. Elles peuvent faire disparaître un commentaire si, à l'aune de critères objectifs, il incite à la haine ou à la violence et que cette mesure est proportionnée.

Ch. 3 : sont en particulier inadmissibles en vertu du ch. 3 les contributions qui portent atteinte à l'honneur. La notion d'atteinte à l'honneur se fonde sur les délits contre l'honneur énumérés aux art. 173 à 177 CP (diffamation, calomnie et injure). L'atteinte à l'honneur doit être manifeste. Le ch. 3 s'applique en outre aux commentaires qui profèrent des menaces contre une ou plusieurs personnes. La menace se fonde sur les art. 180 (menaces) et 258 (menaces alarmant la population) CP.

Sont également inadmissibles en vertu du ch. 3, les contributions discriminatoires, par analogie avec les par. 2 à 5 de l'art. 261^{bis} CP. Ces contributions ont en commun le fait d'abaisser ou de discriminer une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle. Sont également concernés les commentaires qui, pour l'une de ces raisons, nient, minimisent grossièrement ou cherchent à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. Les contributions discriminatoires ne doivent toutefois pas remplir les conditions de l'art. 261^{bis} CP. Il est possible qu'elles soient discriminatoires d'une autre manière.

Les contributions pornographiques sous forme écrite, sonore ou visuelle sont également proscrites. Par pornographie, on n'entend pas seulement les infractions visées à l'art. 197 CP. Le ch. 3 s'applique que la pornographie soit légale ou non. Le caractère pornographique doit reposer sur des éléments concrets permettant de le présumer pour qu'on puisse établir une distinction avec des représentations artistiques, par exemple.

Enfin, le ch. 3 proscrit les contributions d'utilisateurs sous forme écrite, sonore ou visuelle qui font l'apologie ou minimisent des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux . L'art. 135 CP sert de référence.

Pour déterminer si le ch. 3 s'applique à un commentaire, les unités administratives se fondent sur les infractions visées par le CP. Les termes utilisés ne recourent pas exactement ceux du CP. En outre, les unités administratives n'examinent pas les commentaires à la lumière des règles du CP (cf. commentaires relatifs aux ch. 1 et 2).

Ch. 4 : dans certains domaines, les informations fausses peuvent présenter un danger immédiat si elles sont crues. Par analogie avec l'art. 10, al. 4, let. c, de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV ; RS 784.40), les contributions qui encouragent des comportements préjudiciables à la santé, à l'environnement ou à la sécurité personnelle sont interdites. Les comportements préjudiciables à l'environnement mentionnés par la LRTV en relation avec la publicité sont couverts par l'art. 60 de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01) en relation avec le ch. 1, il n'y a donc pas lieu de les mentionner au ch. 4.

Ch.5

Variante 1

Les profils dans les médias sociaux servent à la communication entre le public et les autorités. Au surplus, le principe de la neutralité concurrentielle de l'État, qui découle de la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst., s'applique. La publicité commerciale sur les profils des unités administratives n'est donc pas autorisée. Par analogie à l'art. 2, let. k, LRTV, on entend par publicité commerciale les contributions visant à favoriser la conclusion d'un acte juridique concernant des biens ou des services et publiées dans ce but par un utilisateur sur le profil d'une unité administrative. Les

contributions politiques pouvant être comprises comme de la publicité pour des positions politiques sont par contre autorisées.

Variante 2

Les profils dans les médias sociaux servent à la communication entre le public et les autorités. Pour que cet échange soit possible, la publicité devrait être interdite. Peu importe qu'il s'agisse de publicité pour un produit ou un service, de publicité pour un parti, pour ou contre un objet soumis au vote ou pour des groupements définis du point de vue philosophique (par ex. communautés religieuses ou sectes). Peu importe également que la contribution indique explicitement qui est le bénéficiaire de la publicité ou qu'elle renvoie simplement à celui-ci. Par publicité, on entend les contenus, tels que des vidéos ou des annonces, reconnaissables en tant que publicité, dont la production est généralement payée. Par contre, les contributions individuelles, par exemple pour ou contre un objet soumis au vote, sont autorisées. C'est également le cas de contributions contenant un lien vers des contenus publicitaires politiques, lorsque ce lien fait partie d'un commentaire individuel sur le contenu proposé par l'unité administrative.

Ch. 6 : les contributions générées automatiquement par des logiciels (*bots*) sont le plus souvent hors sujet et peuvent noyer les autres contributions par leur quantité. Elles empêchent donc l'échange d'opinions au sens de l'art. 11 LOGA.

Let. b : cette lettre couvre une partie des spams. Sont inadmissibles les commentaires répétés qui n'ont manifestement aucun lien ou n'ont qu'un lien ténu avec les contributions des unités administratives publiées sur le profil concerné et les autres contributions des utilisateurs. Il peut s'agir de contributions identiques ou presque identiques faites par des utilisateurs différents. Il peut aussi s'agir de commentaires répétés, manifestement hors sujet, faits par un seul utilisateur. L'unité administrative peut faire disparaître tous ces commentaires.

L'al 1, comme les al. 2 et 3, est une disposition potestative. Cela signifie que les unités administratives peuvent faire disparaître des commentaires correspondants aux critères énumérés à l'al. 1, mais qu'elles ne sont pas tenues de le faire. En fonction de la gravité du cas, il leur est cependant recommandé de réagir dans les meilleurs délais.

Al. 2 : il arrive que des événements ou certaines contributions d'utilisateurs ou d'unités administratives déclenchent une avalanche de réactions. Il peut s'agir de cataclysmes viraux (*shitstorms*) ou de campagnes orchestrées. Lorsque les commentaires sont extraordinairement nombreux, les unités administratives peuvent, si l'un des critères visés à l'al. 1 est rempli, utiliser un filtre pour faire disparaître automatiquement les contributions pendant un certain temps. Le filtre est une décision de type « si ... alors », il ne s'agit pas d'une décision individuelle automatisée au sens de l'art. 21 de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (nLPD ; RO 2022 491). En règle générale, cette mesure ne devrait pas durer plus de quelques jours. La décision d'utiliser un filtre doit être prise conformément aux principes de proportionnalité et de l'intérêt public.

Dans les autres cas, l'utilisation de filtres automatiques est illicite en raison de l'interdiction de la censure préalable, comprise comme le contrôle préventif et systématique du contenu des opinions destinées à être communiquées, interdiction qui découle de l'essence inviolable de la liberté d'opinion garantie par l'art. 16 Cst.

Au lieu de recourir au filtrage automatisé, l'unité administrative compétente peut désactiver sans autre les commentaires, car elle peut gérer un profil interactif, mais n'est pas tenue de le faire (art. 23b, al. 1).

L'al. 3 prévoit que les unités administratives peuvent, dans les cas particulièrement graves ou en cas d'infractions répétées, bloquer un utilisateur pendant deux ans au plus. L'utilisateur ne peut alors plus accéder au profil de l'unité administrative via son compte d'utilisateur. Les unités administratives doivent évaluer en l'espèce si un cas est particulièrement grave. Entrent par exemple en ligne de compte les contributions qui appellent au génocide (al. 1, ch. 1 et 2), qui abaissent de manière particulièrement grave des groupes sociaux (al. 1, ch. 3) ou qui contiennent des représentations pornographiques illégales particulièrement graves, notamment celles qui mettent en scène des enfants (al. 1, ch. 3). Le blocage des utilisateurs qui multiplient les contributions hors sujet au sens de l'al. 1, let. b, doit aussi être évalué en l'espèce. Si un utilisateur poste un commentaire hors sujet toutes les deux semaines, il serait disproportionné de le bloquer. Tel ne serait pas le cas s'il postait un grand nombre de commentaires portant atteinte à l'honneur, par exemple, en l'espace de quelques jours.

L'al. 3, 2^e phrase, prévoit que les unités administratives informent sur demande les utilisateurs du motif et de la durée du blocage. Elles peuvent le motiver sommairement, par exemple au moyen d'éléments de texte. Elles doivent également indiquer la durée du blocage et informer l'utilisateur de ses droits, conformément à l'art. 41 nLPD.

Les utilisateurs qui veulent en savoir plus sur le blocage peuvent s'adresser à l'unité administrative concernée et, si les conditions sont réunies, exiger une décision au sens de l'art. 25a PA.

Le déblocage automatique au terme du délai n'est pas possible pour tous les médias sociaux. Par ailleurs, le déblocage manuel est à la fois laborieux et inefficace. Il peut donc arriver qu'un compte d'utilisateur bloqué disparaisse. L'al. 3, 3^e phrase, prévoit donc que les utilisateurs puissent demander leur déblocage.

Les unités administratives tiennent une liste des comptes d'utilisateurs bloqués comprenant le nom de l'utilisateur, le nom de profil, le motif du blocage et la durée de celui-ci, conformément aux art. 57^h^{bis} ss LOGA et à la nLPD (RO 2022 491, ch. II, ch. 13) en relation avec la présente ordonnance. L'art. 41 nLPD s'applique.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

Le Conseil fédéral a accordé 10 nouveaux postes au total, 6 aux départements et 4 à la ChF, pour la mise en œuvre de la stratégie « Médias sociaux ». Les nouvelles dispositions de l'ordonnance peuvent être mises en œuvre avec les ressources en personnel existantes de l'administration fédérale.

4.2 Conséquences pour les cantons

Il n'y a aucune conséquence pour les cantons.

4.3 Conséquences sociales

Le Conseil fédéral et l'administration fédérale complètent les relations publiques classiques par leurs activités d'information dans les médias sociaux. Ils s'adressent ainsi directement à des parties de la population qui ne s'informent pratiquement pas de l'actualité nationale par d'autres canaux. En étendant leur communication à d'autres plateformes de médias sociaux, ils seront présents dans un espace de plus en plus crucial du débat politique, où toutefois la désinformation circule. Le public accorde une grande confiance aux informations du Conseil fédéral et de l'administration fédérale. Par leur présence dans les médias sociaux, les autorités pourront mieux maîtriser la désinformation et contribuer à l'objectivité du débat. La communication au moyen des médias sociaux permet donc d'atteindre d'autres groupes de la population et de leur fournir les informations nécessaires aux citoyens actifs dans une démocratie directe.

5 Aspects juridiques

La présente modification de l'OLOGA règle les conditions de la modération des commentaires des utilisateurs des médias sociaux, laquelle peut, dans certaines circonstances, restreindre la liberté d'expression, et constitue la base légale matérielle nécessaire à cette restriction. Elle respecte donc l'art. 36 Cst.

Les art. 10 ss LOGA prévoient que le Conseil fédéral doit informer les cantons et le public. L'art. 11 LOGA, qui règle les relations publiques, prévoit expressément que le Conseil fédéral cultive ses relations avec le public et s'informe des opinions de la population ainsi que de ses préoccupations. La base légale permettant aux unités administratives de modérer les contributions sur leurs profils dans les médias sociaux se fonde par conséquent sur l'art. 182 Cst. en relation avec l'art. 11 LOGA.