



„Internetsperre“ und ihre Alternativen

Notiz zum Geldspielgesetz, 4. Juli 2017

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.223029 / 217.1/2016/00008

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	2
2 Ausgangslage.....	3
2.1 Keine Einschränkung des Zugangs zu nicht bewilligten ausländischen Geldspielangeboten gemäss geltendem Recht	3
2.2 Einziges Beispiel von Internetsperren in der Schweiz: Bekämpfung der Kinderpornografie	3
2.3 Rechtsvergleichung	4
2.3.1 Allgemeine Anmerkung.....	4
2.3.2 Frankreich	4
2.3.3 Belgien	5
2.3.4 Dänemark	6
2.3.5 Grossbritannien	6
2.3.6 Liste der europäischen Länder, die eine Sperrung von Internetseiten und/oder eine Sperrung von Zahlungen im Geldspielbereich kennen	7
3 Die vorgesehenen Massnahmen zur Einschränkung des Zugangs zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spielangeboten.....	9
3.1 Umsetzung auf Gesetzesebene	9
3.2 Mögliche Umsetzung auf Verordnungsebene	10
3.3 Verfassungsmässigkeit	10
3.3.1 Vorbemerkungen	10
3.3.2 Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit	11
3.3.3 Schutzbereich der Grundrechte freier Kommunikation?	11
3.3.4 Schutz durch die persönliche Freiheit?	12
3.3.5 Fazit: Verfassungsmässigkeit der Sperre gemäss Gesetzesentwurf	12
3.4 Bewertung des Vorschlags des Bundesrates	12
3.4.1 Präventive Wirkung der Sperren	12
3.4.2 Umgehungsmöglichkeiten	13
3.4.3 Gefahr von überschiessenden Sperren (Overblocking)?	14
3.4.4 Macht die vorgesehene Sperre das Internet unsicher?	14
3.4.5 Auswirkungen auf die sozialen Netzwerke (Facebook).....	15
3.4.6 Internetsperren als staatliche Zensurmassnahmen?	15
4 Alternativen zur vorgeschlagenen Sperrung	16
4.1 Sperrung von Zahlungen	16
4.1.1 Worum geht es?	16
4.1.2 Was ist unter Zahlungssperren im Geldspielbereich zu verstehen?	16
4.1.3 Zahlungssperren im geltenden Recht.....	17
4.1.4 Rechtsvergleich	18
4.1.5 Rechtliche Umsetzung.....	18
4.1.6 Teilweise Unwirksamkeit	22
4.1.7 Verfassungsmässigkeit.....	23
4.1.8 Bewertung.....	24

4.2 Kombination von Internet- und Zahlungssperren.....	25
4.2.1 Worum geht es?	25
4.2.2 Verfassungsmässigkeit.....	25
4.2.3 Bewertung.....	25
4.3 Unterdrückung von Suchergebnissen von Internet-Suchmaschinen.....	25
4.3.1 Worum geht es?	25
4.3.2 Geltendes Recht und Rechtsvergleich	25
4.3.3 Wirksamkeit der Massnahme	26
4.3.4 Verfassungsmässigkeit.....	26
4.3.5 Bewertung.....	26
4.4 Strafrechtliche Sanktionierung der Spielerinnen und Spieler	26
4.4.1 Worum geht es?	26
4.4.2 Mögliche konkrete Umsetzung	27
4.4.3 Bewertung.....	28
4.5 Weitere Alternativen.....	28
4.5.1 Sperrung von Internetseiten auf freiwilliger Basis	28
4.5.2 Veröffentlichung einer weissen Liste, in Verbindung mit einem Label	29
4.5.3 Veröffentlichung einer schwarzen Liste ohne anschliessende Sperrung	29
5 Fazit	30

1 Einleitung

Diese Notiz behandelt die Frage, wie die schweizerische Geldspielgesetzgebung im Online-Bereich durchgesetzt werden soll. Die Verfassung sieht für den Bereich der Geldspiele keinen freien Markt vor. Im Bereich der Spielbanken sollen Konzessionen vergeben werden, im Bereich der Grossspiele sollen die heutigen Monopole bestehen bleiben. Die neue Verfassungsnorm sieht in Artikel 106 Absatz 4 BV explizit vor, dass diese Konzeption nicht nur für den terrestrischen, sondern auch für den Online-Bereich gelten soll. Ohne die wirkungsvolle Bekämpfung der illegalen Spielangebote können die Ziele von Artikel 106 BV und des neuen Bundesgesetzes über Geldspiele (BGS) nicht erreicht werden. Es ist nicht zielführend, für legale Spielangebote hohe Anforderungen festzulegen, wenn die Spielerinnen und Spieler problemlos Zugang zu illegalen Angeboten haben, die geringeren Einschränkungen unterliegen und daher für die Spielerinnen und Spieler zumindest auf den ersten Blick attraktiver erscheinen mögen.

Mit welchen Massnahmen das BGS im Online-Bereich durchgesetzt werden soll, erwies sich im Rahmen der parlamentarischen Beratung als umstritten. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft¹ vorgeschlagen, den Zugang zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spielangeboten mit Hilfe von Internetsperren einzuschränken. Der Ständerat und der Nationalrat haben dieses Konzept inzwischen verabschiedet. Während die Massnahme im Ständerat kaum Anlass zu Diskussionen gegeben hat², wurde im Nationalrat intensiv über die Notwendigkeit von und allfällige Alternativen zu Internetsperren diskutiert. Die vorberatende Kommission hatte die Einführung von Sperren noch mit 13 zu 12 Stimmen abgelehnt. Im Plenum hingegen wurde die Massnahme schliesslich mit klarem Mehr angenommen.³

In der vorliegenden Notiz werden Informationen gebündelt und für die interessierte Öffentlichkeit aufbereitet, welche insbesondere mit Blick auf die parlamentarischen Beratungen sowie aufgrund von Medienanfragen im Nachgang zur Botschaft erstellt wurden.⁴

¹ BBI 2015 8387.

² Vgl. AB 2016 S 457 f.

³ AB 2017 N 122 - 133. Der Nationalrat hat der Verankerung von Netzsperrern mit 135 zu 45 bei 6 Enthaltungen zugestimmt.

⁴ Der Inhalt dieses Papiers wurde Ende 2016 erstellt. Rechtsprechung und Literatur ab dem 1.1.2017 werden nicht berücksichtigt.

Zunächst wird eine Bestandesaufnahme der derzeitigen Situation der Sperrungen von Internetseiten in der Schweiz und im Ausland vorgenommen. Anschliessend werden das vom Parlament vorgesehene Dispositiv und seine voraussichtlichen Auswirkungen erläutert. Schliesslich werden verschiedene verworfene Alternativen zu solchen Netz sperren dargestellt und bewertet. Besonderes Augenmerk wird auf die Vereinbarkeit der verschiedenen Ansätze mit der Verfassung gelegt.

2 Ausgangslage

2.1 Keine Einschränkung des Zugangs zu nicht bewilligten ausländischen Geldspielangeboten gemäss geltendem Recht

Gemäss dem geltenden Recht kann der Zugang zu nicht bewilligten ausländischen Geldspielangeboten nicht eingeschränkt werden. Gegenwärtig spielt sich ein grosser Teil der illegalen Spiele in der Schweiz auf Internetseiten ab, die im Ausland aufgeschaltet und von dort aus betrieben werden. Die dabei erzielten Bruttospielerträge sind erheblich: Eine Studie schätzt, dass Schweizerinnen und Schweizer im Jahr 2017 auf ausländischen Online-Geldspielseiten Bruttospielerträge in der Grössenordnung von gut 250 Millionen Franken generieren. Die Autoren der Studie gehen zudem davon aus, dass dieses Marktsegment jährlich um knapp 14% wachsen wird.⁵

Die meisten Veranstalterinnen von Online-Geldspielen haben ihren Sitz in Ländern wie etwa Gibraltar, Malta, Antigua und Barbuda. Das schweizerische Recht findet auf diese Veranstalterinnen keine Anwendung. Insbesondere können diese in der Regel in der Schweiz nicht strafrechtlich verfolgt werden. Dies weil der dafür nötige territoriale Anknüpfungspunkt fehlt. Aufgrund des Erfordernisses der beidseitigen Strafbarkeit ist es in den meisten Fällen unmöglich, Rechtshilfe zu erhalten. Im Übrigen sind Betreiber illegaler Internetseiten häufig schwierig zu ermitteln. Diese Probleme für die Strafverfolgung bestehen nicht bei Websites mit Geldspielen, die auf einem Server in der Schweiz beherbergt sind.

2.2 Einziges Beispiel von Internetsperren in der Schweiz: Bekämpfung der Kinderpornografie

Zurzeit werden in der Schweiz einzig im Bereich der Kinderpornografie und der harten Pornografie systematisch Internetseiten gesperrt. Dafür ist die Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (KOBIK) des Bundesamts für Polizei (fedpol) zuständig. Die Sperrung erfolgt gestützt auf eine Vereinbarung zwischen der KOBIK und den wichtigsten Internetzugangsprovidern der Schweiz, d.h. sie beruht auf freiwilliger Grundlage.

Die von der KOBIK geführte «schwarze Liste» wird nicht veröffentlicht. Sie befindet sich auf einem Server der KOBIK, auf den nur die Internetzugangsprovider Zugriff haben. Die Liste wird den Providern automatisch übermittelt. Die Sperrung der auf der Liste aufgeführten Internetseiten erfolgt ebenfalls automatisch. Bei der schwarzen Liste handelt es sich um ein Textdokument. Jede Zeile enthält die Adresse einer zu sperrenden Internetseite. Als Adressen in der Liste aufgeführt sind die vollständigen URL der beanstandeten Internetseiten (zum Beispiel: www.xy.com/index.html). Je nach Sperrsysteem, das der Internetzugangsprovider verwendet, wird entweder die spezifische URL oder der ganze Domain-Name gesperrt (in unserem Beispiel: xy.com).⁶

⁵ Artur Baldauf / Thomas Brüsehaber, Abschätzung der finanziellen Auswirkungen des neuen Geldspielgesetzes, Bern April 2015, S. II.

⁶ Ein weiteres Beispiel im Bereich der Kinderpornografie ist das Zugangserwerbungsgesetz in Deutschland. Dieses Gesetz war von Anfang 2010 bis Ende 2011 in Kraft und sah für kinderpornografische Internetseiten ein ähnliches Sperrverfahren vor wie das der KOBIK. Dieses Gesetz wurde jedoch nie angewendet und Ende 2011 hauptsächlich aus politischen Gründen aufgehoben.

Nutzerinnen und Nutzer, die auf eine gesperrte Seite zugreifen wollen, werden auf eine Stopp-Internetseite umgeleitet.

Bis heute war die KOBIK nicht mit Fällen überschiessender Sperrung (sog. Overblocking) konfrontiert, für die sie hätte verantwortlich gemacht werden können. In einigen wenigen Fällen haben sich die Betreiber der betroffenen Internetseiten bei der KOBIK nach den Gründen für die Sperrung erkundigt. Nachdem ihnen der Grund mitgeteilt worden war (Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Inhalts), haben die Betreiber die problematischen Inhalte auf ihrer Internetseite freiwillig gelöscht.

Die KOBIK beurteilt die Wirksamkeit des Sperrsystems insofern als gut, als der Zugriff auf die gesperrten Seiten erschwert wird. Nutzerinnen und Nutzer können nicht versehentlich auf eine Seite gelangen, die sie lieber nicht sehen möchten. Für Personen, die um jeden Preis auf die gesperrten Inhalte zugreifen wollen, ist der Zugang jedoch nicht völlig unmöglich.

2.3 Rechtsvergleichung

2.3.1 Allgemeine Anmerkung

In den meisten ausländischen Systemen wird die Bewilligung für die Durchführung von Online-Geldspielen in Form einer Lizenz oder einer Zulassung erteilt. In der Schweiz werden die Begriffe «Konzession» (für die Spielbanken) und «Bewilligung» (für die Grossspiele) verwendet. Im Rahmen der nachfolgenden Vergleichung wird der allgemeine Begriff «Bewilligung» verwendet.

2.3.2 Frankreich

Bewilligte Online-Spiele: Sportwetten, Pferdewetten, Poker, gewisse Arten von Lotterien. Andere Spielbankenspiele als Poker sind im Internet nicht gestattet.

Bewilligungssystem: Für die Lotteriespiele: Monopol der traditionellen Veranstalterin. Die Veranstalterinnen von Sportwetten, Pferdewetten und Poker benötigen eine Zulassung der Behörde für Online-Spiele (Autorité de régulation des Jeux en ligne, ARJEL).

Anzahl Veranstalterinnen mit einer Bewilligung: Mitte 2015 verfügten 16 Veranstalterinnen über 30 Zulassungen (eine Veranstalterin kann für jede der drei Spielkategorien eine Zulassung erhalten).

System zur Sperrung nicht bewilligter Internet-Spiel Seiten: ja, seit 2010.

Kurze Beschreibung des Sperrverfahrens: Die ARJEL richtet eine Mahnung an den Betreiber der Website. Wenn dieser sein Angebot nicht an die Vorschriften anpasst, kann der Präsident der ARJEL beim Gericht beantragen, dass dieses mittels einstweiliger Verfügung den Internetzugangsprovider oder den Hoster veranlasst, den Zugang auf die illegalen Internetseiten zu sperren⁷. Die Sperrung kann eine oder mehrere Internetadressen (URL) des gleichen Betreibers betreffen.

Schwarze oder weisse Listen: Die Liste der gesperrten Internetseiten wird nicht veröffentlicht. Die ARJEL veröffentlicht eine Liste der zugelassenen Veranstalterinnen.

Alternative oder über die Sperrung hinausgehende Massnahmen: Die Möglichkeit der Sperrung von Zahlungen ist seit 2010 gesetzlich verankert. Das Instrument ist aber gemäss

⁷ Art. 61 der «Loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne» (Gesetz vom 12. Mai 2010 über die Öffnung des Wettbewerbs und die Regulierung des Sektors der Online-Geld- und Glücksspiele).

Auskunft der ARJEL nicht wirksam.⁸ Das Gesetz von 2010 sieht auch ein Verfahren zur Filtrierung der Ergebnisse von Suchen auf Suchmaschinen⁹ sowie eine Werbesperrung¹⁰ vor.

Bisherige Erfahrungen und Bemerkungen: Gemäss der ARJEL hat sich das Verfahren zur Sperrung von Internetseiten insbesondere in prophylaktischer Hinsicht als wirksam erwiesen. Ein grosser Teil der Veranstalterinnen ergreifen nach der Mahnung der ARJEL Massnahmen und lassen Spielerinnen und Spieler aus Frankreich nicht mehr als Kunden zu. Im Jahr 2014 wurden 2436 Internetseiten vor dem Erlass einer Sperrverfügung an die Vorschriften angepasst. Die Androhung einer Sperrung stellt mit anderen Worten ein wirksames Instrument dar. Die ARJEL sperrt nur diejenigen Internetseiten, welche sich nicht freiwillig den französischen Vorschriften angepasst haben. Die Zahl der per Verfügung gesperrten Internetseiten beläuft sich auf 108. Die Sperrung der Internetseiten kann allerdings sowohl durch die Spielerinnen und Spieler (zum Beispiel mit Verwendung von VPN) als auch durch die Veranstalterinnen (Änderung des Domain-Namens) umgangen werden.

Die übrigen Massnahmen (Sperrung von Zahlungen, Werbesperrung, Beeinflussung von Suchergebnissen von Internet-Suchmaschinen) wurden bisher nur selten eingesetzt. Sie haben deshalb noch keine Wirkung erzielt. Bei der Sperrung von Zahlungen und bei der Beeinflussung von Suchergebnissen von Internet-Suchmaschinen ist dies auf die fehlende Bereitschaft der betroffenen Stellen zur Zusammenarbeit und auf die Schwierigkeit, die betroffenen Zahlungsdienstleisterinnen zu identifizieren, zurückzuführen.

Die im Jahre 2013 in Frankreich durchgeführte Kampagne zur Information von Spielerinnen und Spielern blieb bis jetzt wirkungslos: Aus einer im Jahre 2015 bei Spielerinnen und Spielern durchgeführten Umfrage geht hervor, dass 2/3 der Spielerinnen und Spieler nicht wissen, ob sie auf einem legalen oder illegalem Angebot spielen.¹¹

2.3.3 Belgien

Bewilligte Online-Spiele: Spielbankenspiele (einschliesslich Poker), Sport- und Pferdewetten.

Bewilligungssystem: Eine Lizenz für die Durchführung von Online-Spielen wird nur Veranstalterinnen erteilt, die bereits über eine Lizenz im landbasierten Bereich verfügen.

Anzahl Veranstalterinnen mit einer Bewilligung: 9 Online-Spielbanken; 21 Veranstalterinnen von Sport- und Pferdewetten.

System zur Sperrung nicht bewilligter Internet-Spiel Seiten: ja, aber auf freiwilliger Basis (Vereinbarung zwischen dem Regulator und den Internetzugangsprovidern). Verwendete Methode: DNS-Sperrung.

⁸ Art. L-563-2 des «Code monétaire et financier» (Gesetz über das Währungs- und Finanzwesen): «... wenn der Betreiber der Anordnung zur Unterlassung des illegalen Angebots von Wetten oder Geld- und Glücksspielen nicht nachkommt, kann der Haushaltungsminister auf Antrag der Behörde für Online-Spiele beschliessen, jegliche Geldflüsse oder -transfers von oder auf Konten, die von diesem Betreiber unterhalten werden, für einen verlängerbaren Zeitraum von sechs Monaten zu sperren».

⁹ Art. 61: «... Der Präsident der Behörde für Online-Spiele kann zudem beim Präsidenten des Tribunal de Grande Instance von Paris beantragen, dass dieser mittels einstweiliger Verfügung die erforderlichen Massnahmen zur Aufhebung der Referenzierung der Website einer Veranstalterin nach Absatz 2 dieses Artikels in einer Suchmaschine oder einem Verzeichnis anordnet».

¹⁰ Art. 57 I: «... Der Präsident der Behörde für Online-Spiele kann beim Präsidenten des Tribunal de Grande Instance von Paris beantragen, dass dieser mittels einstweiliger Verfügung die erforderlichen Massnahmen zur Einstellung jeglicher Werbung für Internetseiten mit Wett- oder Geld- und Glücksspielen erlässt, die aufgrund eines ausschliesslichen Rechts oder der Zulassung gemäss Artikel 21 oder eines Verstosses gegen das Buch III Titel II des Gesetzbuches über die innere Sicherheit nicht bewilligt sind».

¹¹ Vergleiche den Bericht der ARJEL über eine Tagung vom 6. Juni 2016 in Paris mit dem Titel « Régulation et offre illégale : pour une lutte à armes égales », S. 8 und 11 (<http://www.arjel.fr/IMG/pdf/synthese20160606.pdf>).

Schwarze oder weisse Listen: Die schwarze Liste der nicht bewilligten Internetseiten wird veröffentlicht.

Alternative oder über die Sperrung hinausgehende Massnahmen: Sperrung von Zahlungen auf freiwilliger Basis (Vereinbarung zwischen dem Regulator und dem belgischen Verband der Finanzinstitute) und strafrechtliche Sanktionen für Spielerinnen und Spieler, die auf Internetseiten spielen, die auf der schwarzen Liste stehen.

Bisherige Erfahrungen und Bemerkungen: Der Hauptzweck der veröffentlichten schwarzen Liste besteht darin, die Spielerinnen und Spieler darüber zu informieren, dass sie sich mit dem Spiel auf diesen Internetseiten strafbar machen. Nach Auskunft der belgischen Aufsichtsbehörde ist die Sperrung der Internetseiten wirksam. Insbesondere beurteilt sie ihre Erfahrung mit der Veröffentlichung der schwarzen Liste als sehr positiv. Seriöse Veranstalterinnen befürchten eine Rufschädigung, wenn ihr Name auf der schwarzen Liste aufgeführt ist. Um dies zu verhindern, ergreifen sie freiwillig Massnahmen (zum Beispiel Geoblocking).

2.3.4 Dänemark

Bewilligte Online-Spiele: Spielbankenspiele (einschliesslich Poker), Wetten, Lotterien.

Bewilligungssystem: Für die Lotteriespiele: Monopol. Für Wetten und Spielbankenspiele braucht es eine Lizenz.

Anzahl Veranstalterinnen mit einer Bewilligung: 38 Veranstalterinnen (alle Spielkategorien) verfügen über 51 Lizenzen.

System zur Sperrung nicht bewilligter Internet-Spielseiten: ja, seit 2010¹².

Kurze Beschreibung des Sperrverfahrens: Wenn ein Betreiber einer Spiel-Website ohne Lizenz auf dem dänischen Markt aktiv ist, nimmt die Regulierungsbehörde mit ihm Kontakt auf und mahnt ihn, seine Tätigkeit zu unterlassen. Leistet dieser der Aufforderung nicht Folge, so kann die Regulierungsbehörde beim Gericht beantragen, dass dieses die Internetzugangsprovider veranlasst, den Zugang zu den betroffenen Internetseiten zu sperren. Verwendete Methode: DNS-Sperrung.

Schwarze oder weisse Listen: Die Liste der gesperrten Internetseiten wird anscheinend nicht veröffentlicht. Die Regulierungsbehörde veröffentlicht die Liste der zugelassenen Veranstalterinnen.

Alternative oder über die Sperrung hinausgehende Massnahmen: Zwar sieht das Gesetz ein Verfahren zur Sperrung von Zahlungen vor, dieses wird jedoch noch nicht umgesetzt, weil die erforderlichen technischen Massnahmen noch nicht erlassen wurden. Labelsystem für die legalen Angebote.

Bisherige Erfahrungen und Bemerkungen: Gemäss den jüngsten Zahlen wurden 57 Sperrverfügungen erlassen. Die Sperrung der Internetseiten scheint zu funktionieren. Das Instrument der Sperrung der Zahlungen wird zurzeit nicht angewendet (siehe oben).

2.3.5 Grossbritannien

Bewilligte Online-Spiele: Alle Arten von Sportwetten, Pferdewetten, Spielbankenspiele (einschliesslich Poker), Tombolas und Lotterien.

Bewilligungssystem: Alle Veranstalterinnen von Online-Spielen benötigen eine Lizenz, wenn sich ein Teil der Spieltechnik in Grossbritannien befindet oder wenn sie mit Spielerinnen und Spielern in Grossbritannien Transaktionen abschliessen oder wenn die Zielgruppe

¹² Section 65 Gambling Act.

ihrer Werbung Spielerinnen und Spieler in Grossbritannien sind (auf Verbrauchsort basierendes Lizenzsystem).

Anzahl Veranstalterinnen mit einer Bewilligung: 749 erteilte Lizenzen (am 31. März 2016); diese Zahl umfasst auch die Softwarelizenzen. 182 Veranstalterinnen haben eine Lizenz zur Durchführung von Online-Spielbankenspielen.

System zur Sperrung nicht bewilligter Internet-Spielseiten: nein.

Schwarze oder weisse Listen: nein.

Alternative oder über die Sperrung hinausgehende Massnahmen: Verfahren zur Sperrung von Zahlungen auf freiwilliger Basis (Vereinbarung zwischen der Regulierungsbehörde und den Anbietern von Zahlungsmitteln). Um die Verbreitung von Werbung für illegale Angebote zu verhindern, wurden auch Vereinbarungen mit den Suchmaschinen und den sozialen Netzwerken abgeschlossen. Auch diese Massnahmen funktionieren auf einer rein freiwilligen Basis.

Bisherige Erfahrungen und Bemerkungen: Gemäss den uns vorliegenden Rückmeldungen funktioniert das System einschliesslich der Sperrung von Zahlungen zufriedenstellend.

2.3.6 Liste der europäischen Länder, die eine Sperrung von Internetseiten und/oder eine Sperrung von Zahlungen im Geldspielbereich kennen

Land	Netzsperren	Zahlungssperren	Strafbarkeit der Spielerinnen und Spieler
Belgien	X (auf freiwilliger Basis)	X (auf freiwilliger Basis)	X
Bulgarien	X		X
Dänemark	X	X (nicht umgesetzt)	
Deutschland (Schleswig-Holstein) ¹³		X (im Vertrag der Bundesländer vorgesehen, aber nicht umgesetzt)	X
Estland	X	X	
Frankreich	X	X	
Griechenland	X	X	X
Grossbritannien		X (auf freiwilliger Basis)	
Italien	X		
Lettland	X	X	
Litauen	X	X	

¹³ In Deutschland wurde die Markttöffnung für online durchgeführte Spiele bis jetzt lediglich im Bundesland Schleswig-Holstein umgesetzt.

Land	Netzsperren	Zahlungssperren	Strafbarkeit der Spielerinnen und Spieler
Niederlande		X (auf freiwilliger Basis)	X
Österreich			X
Polen		X	X
Portugal	X		
Rumänien	X (keine Pflicht für die Internetzugangsprovider)	X (keine Sperrung, aber die Finanzinstitute benötigen eine Lizenz)	
Slowenien	X	X	X
Spanien	X	X	
Tschechische Republik	X		
Ungarn	X	Verbot für Finanzinstitutionen, an der Bereitstellung von illegalen Angeboten mitzuwirken	
Zypern	X	X (nicht umgesetzt)	X

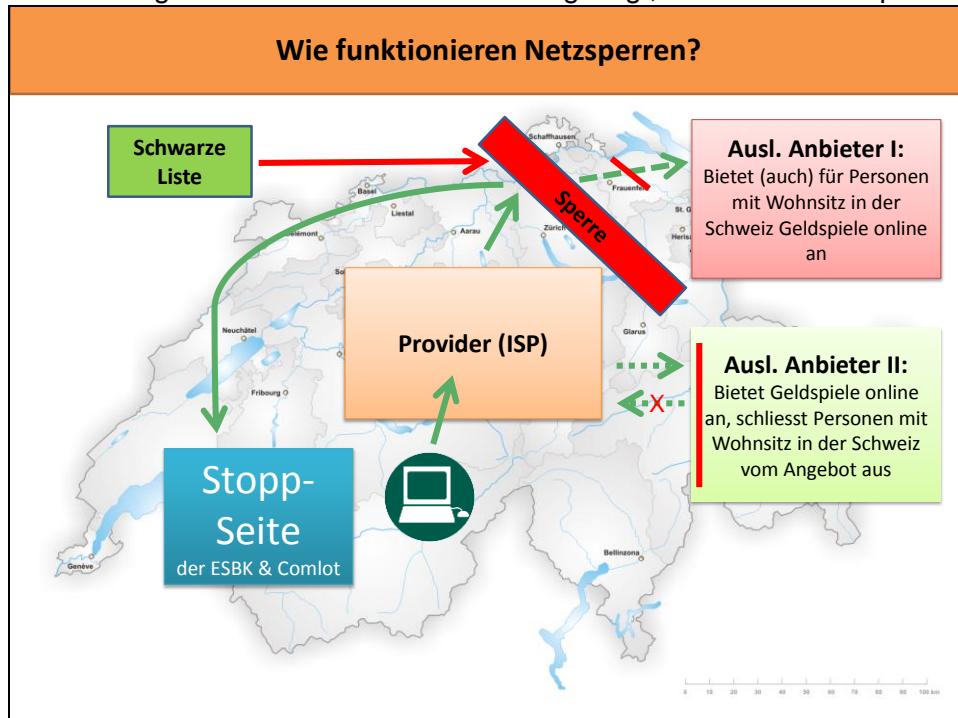
Die Länder, die nicht in dieser Tabelle aufgeführt sind, kennen weder eine Sperrung von Internetseiten noch eine Sperrung von Zahlungen.

3 Die vorgesehenen Massnahmen zur Einschränkung des Zugangs zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spielangeboten

3.1 Umsetzung auf Gesetzesebene

Die Massnahmen zur Einschränkung des Zugangs zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spielangeboten sind im 7. Kapitel des Gesetzesentwurfes, in den Artikeln 84 bis 90 E-BGS, verankert.

Die nachfolgende schematische Darstellung zeigt, wie die Internetsperren funktionieren:



Die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) und die interkantonale Behörde erstellen je eine «schwarze Liste» der in der Schweiz nicht bewilligten Spiel-Internetseiten, die auf der Website der beiden Behörden und im Bundesblatt veröffentlicht wird. Bevor der Name einer Internetseite in die Liste aufgenommen wird, teilen die zuständigen Behörden der betreffenden Veranstalterin mit, dass ihr Spielangebot in der Schweiz nicht zulässig ist. Sie fordern sie auf, ihr Angebot innerhalb einer bestimmten Frist mit dem Gesetz in Einklang zu bringen, namentlich indem sie für Spielerinnen und Spieler aus der Schweiz den Zugang zu ihrer Internetseite sperrt. Bleibt eine Reaktion der Veranstalterin innert der gesetzten Frist aus, so wird ihre Internetseite in die schwarze Liste eingetragen.

Die schwarzen Listen und ihre Aktualisierungen werden den Internetzugangsprovidern so elektronisch zur Verfügung gestellt, dass diese den Zugang zu den aufgeführten Internetseiten automatisiert sperren können.

Wurde eine Internetseite gesperrt, so werden die Nutzerinnen und Nutzer, die von der Schweiz aus darauf zugreifen wollen, auf eine Stopp-Seite umgeleitet. Die Spielerinnen und Spieler werden so darüber informiert, dass der Inhalt, auf den sie zugreifen wollten, in der Schweiz nicht bewilligt ist und die Internetseite daher auf Anordnung der zuständigen Behörden gesperrt wurde. Weiter ist beabsichtigt, dass diese Stopp-Seite direkte Links zu den in der Schweiz bewilligten Angeboten enthält.

Das vorgesehene Sperrverfahren ist einfach und schnell. Anders als in anderen Ländern muss nicht ein Gericht angerufen werden. Dies macht das Verfahren flexibler und anpassungsfähiger. Der Rechtsschutz bleibt dabei aber vollumfänglich gesichert: Gegen Sperrverfügungen ist ein ordentliches Rechtsmittelverfahren vorgesehen.

Der Nationalrat hat zudem eine Bestimmung in das Gesetz eingefügt, welche eine Entschädigung der Fernmeldedienstanbieterinnen vorsieht. Die Bestimmung sieht vor, dass Fernmeldedienstanbieterinnen vorübergehend von der Umsetzung der Massnahmen absehen können, wenn sich die Massnahmen negativ auf die Qualität der Netzteistung auswirken.

3.2 Mögliche Umsetzung auf Verordnungsebene

Die technischen Einzelheiten der Sperrung und des genauen Inhalts der schwarzen Listen sind nicht im Gesetz geregelt, damit sie einfach und rasch an die technische Entwicklung angepasst werden können.

Nach heutigem Kenntnisstand würde das Sperrsystem wie folgt funktionieren: Die schwarzen Listen der Behörden würden die Domain-Namen der betroffenen Internetseiten enthalten.

Als Beispiel nachfolgend ein Auszug aus der belgischen Liste, die auf der gleichen Grundlage funktioniert:

Illegale Website	Datum des Entscheids	Publikation im Belgischen Staatsblatt
www.myglobalgames.com	Entscheid Glücksspielkommission vom 8/02/2012	Veröffentlicht am 16/02/2012
www.bingo-round.com	Entscheid Glücksspielkommission vom 8/02/2012	Veröffentlicht am 16/02/2012
www.titanpoker.com	Entscheid Glücksspielkommission vom 8/02/2012	Veröffentlicht am 16/02/2012
...

Die technischen Mittel für die Sperrung müssen in Absprache mit den Internetzugangsprovidern geregelt werden. Die ersten Diskussionen zu diesem Thema haben ergeben, dass aus heutiger Sicht dem System einer DNS-Sperre ohne zusätzliche Sperrung der IP-Adresse des Hosters der betroffenen Internetseite Vorrang gegeben würde.

3.3 Verfassungsmässigkeit

3.3.1 Vorbemerkungen

Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Internetsperren steht die Frage im Vordergrund, ob mit Sperren in Grundrechte eingegriffen wird.

Grundsätzlich kann die Sperrung von Internetseiten die Grundrechte freier Kommunikation (Meinungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit) der Betreiber von Websites und der Nutzerinnen und Nutzer dieser Websites¹⁴ sowie die Wirtschaftsfreiheit der Betreiber und der Internetzugangsprovider beeinträchtigen.

Bis heute haben allerdings weder das Bundesgericht noch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte untersucht, ob eine Sperrung von Internetseiten mit Online-Spielangeboten

¹⁴ Siehe dazu insbesondere den EGMR-Entscheid Yıldırım g. Türkei vom 18. Dezember 2012.

mit den Grundrechten vereinbar ist. Es wurden hingegen einige Entscheide zu Sperrungen von Internetseiten in anderen Bereichen als jenem der Geldspiele erlassen. Aus diesen geht hervor, dass die Sperrung von Internetseiten mit den Grundrechten vereinbar sein kann, sofern eine gesetzliche Grundlage besteht, sie durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist.¹⁵ Dies ist namentlich nicht der Fall, wenn eine Sperrung auch legitime Inhalte betrifft (überschiessende Sperrung oder Overblocking).¹⁶

Der Verfassungsrat von Frankreich hat die Verfassungsmässigkeit jenes französischen Gesetzes bestätigt, welches Internet- und Zahlungssperren vorsieht.¹⁷

Was das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage betrifft, lässt sich Folgendes feststellen: Besonders problematisch sind Sperren, die nicht rechtlich vorgesehen sind und somit blos auf einer freiwilligen Zusammenarbeit beruhen. In einer Mitteilung von 2014 stufte der Kommissar für Menschenrechte des Europarates ein solches Dispositiv aus Sicht der Grundrechte als äusserst problematisch ein, da es in keiner gesetzlichen Grundlage vorgesehen ist. Im Übrigen ist eine Sperrung von Internetseiten ohne gesetzliche Grundlage in der EU ab 2017 untersagt.¹⁸

3.3.2 Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit

Die Sperrung von Internetseiten kann einen Eingriff in die durch die Artikel 27 und 94 BV gewährleistete Wirtschaftsfreiheit bedeuten. Bezuglich der Wirtschaftsfreiheit der Betreiber von Internetseiten sei daran erinnert, dass der Markt der Spielbankenspiele in der Schweiz nicht frei ist.¹⁹ Die Verfassung selbst sieht statt eines freien Markts ein Konzessionssystem vor. Gleichzeitig besteht auch im Markt für Grossspiele ein Monopol der etablierten Veranstalterinnen.

Veranstalterinnen, die nicht über eine Konzession für die Durchführung von Online-Spielbankenspielen oder über eine Bewilligung zur Durchführung von Grossspielen verfügen, können sich deshalb nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, um ihre Spiele in der Schweiz anzubieten.

Die Sperrung von Online-Geldspielseiten greift jedoch in die Wirtschaftsfreiheit der Internetzugangsprovider ein. Sie werden durch die Sperren daran gehindert, ihre privatwirtschaftliche Geschäftstätigkeit frei auszuüben.

3.3.3 Schutzbereich der Grundrechte freier Kommunikation?

Greift die Sperrung von Online-Geldspielseiten in den sachlichen Schutzbereich der Grundrechte freier Kommunikation ein? Die Grundrechte freier Kommunikation garantieren dem Einzelnen, sich eine Meinung zu bilden, eine eigene Meinung zu haben und diese Meinung zu verbreiten. Ebenfalls geschützt sind der Empfang von und der Zugang zu Informationen sowie die Verbreitung von Informationen durch Mittel der Massenkommunikation.

¹⁵ Siehe insbesondere Urteil des Bundesgerichts 1B_294/2014, E. 4.3; siehe im gleichen Sinn das Urteil des Bundesstrafgerichts BV.2004.26, E. 2 betreffend die Sperrung von Internetseiten, über die Arzneimittel in unzulässiger Weise beworben und verkauft wurden. Die Beschwerdekommission kommt in ihrem Entscheid insbesondere zum Schluss, dass die Sperrung keine unverhältnismässige Massnahme darstellt, da die Behörde den Server auch physisch hätte beschlagnahmen können, was eine deutlich einschneidendere Massnahme gewesen wäre.

¹⁶ Entscheid des EGMR Yıldırım g. Türkei vom 18. Dezember 2012; im gleichen Sinn Oberlandesgericht Hamburg, Entscheid vom 21.11.2013.

¹⁷ Gesetz n°2010-476 vom 12. Mai 2010. Entscheid des Conseil Constitutionnel Nr. 2010-605 DC vom 12. Mai 2010.

¹⁸ EU-Verordnung über den Zugang zum offenen Internet, Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2008 vom 28. Juli 2008 E. 1.3.2: „Unter den Spielbanken herrscht kein freier Wettbewerb. Die privatwirtschaftliche Tätigkeit im Spielbankenbereich erfolgt in einem System, das der Wirtschaftsfreiheit entzogen ist (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV; BGE 130 I 26 E. 4.5).“

Die Möglichkeit, um Geld zu spielen, fällt nicht unter den Schutzbereich der Grundrechte freier Kommunikation. Das Geldspiel hat keinen Bezug zur Bildung, Äusserung und Verbreitung von Meinungen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Geldspiel online oder nicht online durchgeführt wird. Der grundrechtliche Schutz einer Tätigkeit besteht grundsätzlich unabhängig davon, ob sie auf dem virtuellen oder terrestrischen Marktplatz ausgeübt wird. Für das Internet bedeutet dies Folgendes: Nur dort, wo das Internet der Meinungsbildung und -kundgabe dient, greift der Schutz der Grundrechte freier Kommunikation.

3.3.4 Schutz durch die persönliche Freiheit?

Die persönliche Freiheit schützt nach der Praxis des Bundesgerichts „all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen“.²⁰ Die Möglichkeit, an Automaten um Geld zu spielen, gehört nach der Praxis des Gerichts nicht dazu und wird somit durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit nicht gewährleistet.²¹ Das Gutachten Thouvenin / Stiller trägt dieser Rechtslage nicht Rechnung.²²

3.3.5 Fazit: Verfassungsmässigkeit der Sperre gemäss Gesetzesentwurf

Die Sperrung von nicht bewilligten Online-Geldspielseiten greift einzig in die Wirtschaftsfreiheit der Internetzugangsprovider ein. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Die im 7. Kapitel vorgesehenen Bestimmungen stellen eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar. Das verfolgte öffentliche Interesse ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit und die Verhütung von Straftaten (Geldwäsche, Betrug). Die Verhältnismässigkeit ist ebenfalls gewahrt, da die Sperrung nicht mit einem übermässigen zeitlichen und finanziellen Aufwand für die Provider einhergeht.²³

Zudem werden mit dem vorgesehenen Vorgehen die Verfahrensrechte der Internetzugangsprovider und der Betreiber von Spiel-Internetseiten (rechtliches Gehör, Rechtsweggarantie) eingehalten.

3.4 Bewertung des Vorschlags des Bundesrates

Die vorliegende Ziffer dient der Bewertung der vorgeschlagenen Massnahme. Besonderes Gewicht wird auf Punkte gelegt, welche von Kritikerinnen und Kritikern der Netzsperrre vorgebracht werden. Das eigentliche Fazit findet sich am Schluss der Notiz, in der Ziffer 5.

3.4.1 Präventive Wirkung der Sperren

Die bisherigen Erfahrungen in Frankreich zeigen, dass mit der Mahnung, die vor der Einleitung eines Sperrverfahrens an die Betreiber von Online-Spielseiten gerichtet wird, in der Mehrheit der Fälle bereits ein Ergebnis erzielt wird.²⁴ Die meisten Veranstalterinnen wollen nicht illegal tätig sein und ergreifen daher Massnahmen, um die Spielerinnen und Spieler der betroffenen Länder auszuschliessen. Eine Möglichkeit hierfür ist die geografische Sperre

²⁰ Vgl. statt vieler BGE 127 I 6 E. 5a S. 12; 133 I 110 E. 5.2 S. 119.

²¹ BGE 101 Ia 336 E. 7b S. 347, vgl. auch BGE 120 Ia 126 E. 7c S. 146.

²² Florent Thouvenin / Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperrren, Zürich 16. September 2016, S. 16. Die Gutachter gehen ohne Begründung oder Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis davon aus, dass Netzsperrren "die persönliche Freiheit der Internet-Nutzer und die Wirtschaftsfreiheit der Website-Betreiber und der ISP" tangieren.

²³ Auch Felix Uhlmann / Beat Stadler, (unveröffentlichtes) Gutachten zuhanden Allianz gegen Internetpiraterie und IFPI Schweiz betreffend Verhältnismässigkeit von Zugangssperrren vom 22. Dezember 2016, S. 17, kommen zum Schluss, dass die im Entwurf des Bundesrates vorgesehene Netzsperrre verfassungsrechtlich zulässig ist. Thouvenin / Stiller hingegen beurteilen die Netzsperrren mit Blick auf den geringen Nutzen aus verfassungsrechtlicher Sicht als problematisch. Florent Thouvenin / Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperrren, Zürich 16. September 2016, S. 18.

²⁴ Ausführlich dazu vorne, Ziff. 2.3.2.

(Geoblocking). Dabei wird der Zugriff auf die Internetseite gestützt auf die geografische Adresse des Internetzugangsproviders, der seiner Kundin oder seinem Kunden die IP-Adresse geliehen hat, oder gestützt auf andere Mittel der Geolokalisierung verhindert. Weiter kann die Veranstalterin den Zugriff dadurch sperren, dass Spielerinnen und Spieler, die als Wohnsitz oder Auszahlungssadresse eine Adresse ausserhalb der zulässigen geografischen Zone angegeben haben, kein Spielerkonto erstellen können.

Eine Sperrung durch die Internetzugangsprovider dürfte daher nur für Veranstalterinnen nötig sein, die illegal tätig sein *wollen*.

3.4.2 Umgehungsmöglichkeiten

Es trifft zu, dass sich Internetsperren von Nutzerinnen und Nutzern, die unbedingt auf eine bestimmte Internetseite zugreifen wollen, relativ einfach umgehen lassen, zum Beispiel von einem Pokerspieler, der unbedingt auf seiner gewohnten Internetseite spielen will. So können sich die Nutzerinnen und Nutzer mithilfe eines Virtual Private Network (VPN) verbinden, über das die von den Internetzugangsprovidern vorgenommene Sperrung umgangen werden kann. Für den Aufbau einer VPN-Verbindung sind jedoch mehrere Schritte erforderlich. Der „Opera“-Browser bietet zwar ein VPN als Standardoption an, doch „Opera“ ist auf den meisten PC nicht als Standard-Browser installiert. Zuerst einmal muss also „Opera“ installiert werden, was ebenfalls einige Arbeitsschritte erfordert.

Ein anderes Mittel zur Anonymisierung der Herkunft einer Verbindung ist die Verwendung des sog. „Tor-Netzwerks“. Doch aufgrund der geringeren Qualität der Verbindung zwischen Spieler und Internetseite ist „Tor“ für den Geldspielbereich kein sehr brauchbares Instrument.

Schliesslich kann die Sperrung des Domain-Namens auch durch einen Wechsel des DNS-Servers umgangen werden. Dieser Server befindet sich normalerweise bei den Internetzugangsprovidern, doch er kann mit einigen Klicks geändert werden. Aber auch hier sind ein gutes Verständnis der Funktionsweise des Internets sowie einige Manipulationen erforderlich.

Die Tatsache, dass die Sperre durch Spielerinnen und Spieler umgangen werden kann, kann auch als Argument *für* die Verhältnismässigkeit der vorgesehenen Netzsperrre verwendet werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Spielerinnen und Spieler in erster Linie attraktive Angebote suchen, sich dabei aber ans Recht halten wollen. Die Sperre leitet die Spielenden auf eine Stoppsseite um, die sie über die Rechtswidrigkeit der angewählten Seite informiert. In den meisten Fällen werden sie erst in diesem Zeitpunkt realisieren, dass es sich bei der anvisierten Seite um ein illegales Angebot handelt, und auf erlaubten Seiten weiterspielen. Wer aber unbedingt vom rechtswidrigen Angebot Gebrauch machen will, dazu technisch in der Lage ist und den Aufwand in Kauf nimmt, wird nicht durch weitere staatliche Massnahmen davon abgehalten. Was hier aus technischer Sicht auf den ersten Blick als „Internetsperre“ erscheint, ist in der Praxis eher als Warnung zu verstehen oder als eine Art Zaun, der überstiegen werden kann, wenn die Bereitschaft da ist, von nicht bewilligten Angeboten Gebrauch zu machen. Da aber von der überwiegenden Mehrheit der Spielenden rechtskonformes Verhalten erwartet werden kann, wird die Massnahme die gewünschte Wirkung entfalten, ohne dass eine rigide und unverhältnismässige Durchsetzung nötig ist.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass die Sperren relativ einfach umgangen werden können. Trotzdem entfalten sie Wirkung bei den durchschnittlichen Nutzerinnen und Nutzern. Dies wird auch vom Gutachten Thouvenin / Stiller bestätigt.²⁵ Die Sperren wirken faktisch als Warnung, machen die Spielenden auf die Illegalität des gewählten Spiels aufmerksam und

²⁵ Florent Thouvenin / Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperrren, Zürich 16. September 2016, S. 14 f.

halten sie im Regelfall davon ab, von den rechtswidrigen Angeboten Gebrauch zu machen. Gerade bei Neueinsteigerinnen und Neueinsteigern, bzw. bei Nutzerinnen und Nutzern, welche wenig Erfahrung mit Geldspielen haben, dürfte die Wirkung der Netzsperren erheblich sein.

3.4.3 Gefahr von überschiessenden Sperren (Overblocking)?

Mit der vorgesehenen Technik, welche auf der Sperre des Domain-Namens (DNS-Sperre) beruht, ist das Risiko einer überschiessenden Sperrung (Overblocking) gering.²⁶ Dies weil nur eine Domain (zum Beispiel www.xxxgames.com) gesperrt wird. Etwas grösser ist das Risiko bei einer Sperrung der IP-Adresse des Empfängers, da unter einer gleichen IP-Adresse mehrere Domain-Namen wie www.xxxgames.com und www.xxxmarket.fr enthalten sein können. Dieses Risiko kann mit einem möglichst genauen Antrag auf Sperrung eingeschränkt werden. Die Erfahrungen im Ausland zeigen, dass trotz der verbreiteten Anwendung solcher Sperren (siehe Ziffer 2.3) nur wenige überschiessende Sperrungen festgestellt wurden. In der Schweiz hat die Tätigkeit der KOBIK ebenfalls nicht zu überschiessenden Sperrungen geführt.

3.4.4 Macht die vorgesehene Sperre das Internet unsicher?

Gegnerinnen und Gegner der Internetsperre bringen vor, die Sperren würden das Internet unsicher machen.

Die Massnahmen an sich machen das Internet nicht unsicherer. Hingegen können die zu erwartenden Reaktionen der Spielerinnen und Spieler auf die vorgesehene Sperre gewisse unerwünschte Folgen zeigen: Nutzerinnen und Nutzer, die die Sperren umgehen wollen, wählen dafür Dienste wie VPN, Proxy Services und alternative DNS-Server. Indem Spielerinnen und Spieler dies tun, eröffnen sie betrügerischen Anbieterinnen solcher VPN- oder Proxy-Diensten gewisse Möglichkeiten zum Missbrauch. Solche Möglichkeiten sind etwa das Mitlesen von Passwörtern, die Möglichkeit, Schadprogramme an Spielerinnen und Spieler zu senden, das Hinzufügen von Werbung oder das Weiterleiten der Kommunikation an andere als die gewünschten Geldspielangebote. Wenn Spielerinnen und Spieler die DNS-Server anderer Anbieter nutzen, sind zudem die Filter der DNS-Server ihrer Internetzugangsanbieterin wirkungslos.

Teilweise wird vorgebracht, mit der Internetsperre würden InternetServiceprovider gezwungen, „Datenpakete zu fälschen“.²⁷ Was ist damit gemeint? Hier geht es darum, dass die Anfragen der Nutzerinnen und Nutzer (auf die behördliche Stoppseite) umgeleitet werden. Die Nutzerinnen und Nutzer erhalten ein anderes Resultat als jenes, das sie beim Provider nachgefragt hatten. Das Wort „fälschen“ meint also die Änderung der Anfrage durch den Provider, welche sich aus der Weiterleitung ergibt. Vorgebracht wird nun weiter, dass diese Weiterleitung („Fälschung von Datenpakten“) das Internet unsicherer mache. Dies hat mit einer Technologie Namens DNSSEC zu tun. Die Kernwirkung von DNSSEC ist, dass die Auskunft des „Internettelefonbuchs“ darüber, mit welcher IP-Adresse ein Domainname verbunden ist, nicht unbemerkt gefälscht werden kann. Die Technologie dient damit etwa als Gegenmittel gegen Kriminelle, welche Nutzerinnen und Nutzer beispielsweise zu einer gefälschten Bankwebsite umleiten. Wenn DNSSEC benutzt wird, erhalten Nutzerinnen und Nutzer Fehlermeldungen,

²⁶ Die Gefahr von überschiessenden DNS-Sperren wird auch im Gutachten Thouvenin / Stiller als "relativ klein" beurteilt. Florent Thouvenin / Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperren, Zürich 16. September 2016, S. 16 f.

²⁷ Vgl. Stellungnahme Swico zuhanden RK-N vom 23. Juni 2016,
http://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi12LaU_IzTAhXIDMAKHBzAL-cQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.swico.ch%2Fdownloads%2Fdokumente%2Fswico-position-und-hintergrundinformationen-zu-netzsperrenpdf%2F4079&usg=AFQjCNFif7FEWqZFSVkrnvwjdrsOxDEdw (letztmals besucht 05.04.2017).

wenn ihr Internetserviceprovider ihnen – statt der IP-Adresse des unter dem angefragten Domänenamen erreichbaren Servers – eine IP-Adresse einer Stoppsseite sendet. Die Einführung der Netzsperre wird deshalb dazu führen, dass DNSSEC in der Praxis weniger gut Fuß fassen kann, weil mehr Fehlermeldungen auftauchen. Anzumerken ist, dass es sich bei DNS-SEC um eine schon seit ca. 20 Jahren verfügbare Technologie handelt und dass sich DNS-SEC in der Praxis bisher nicht durchgesetzt hat.

Insgesamt sind die negativen Folgen von Sperren bzw. von deren Umgehung für die Sicherheit des Internets als eher gering zu bewerten.

3.4.5 Auswirkungen auf die sozialen Netzwerke (Facebook)

Eine häufig geäußerte Sorge ist, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehene Sperrung von Internetseiten eine Sperrung beliebter sozialer Netzwerke wie Facebook zur Folge hätte.

Diese Furcht ist unbegründet. Damit es zu einer solchen Sperrung kommt, müssten diese Netzwerke Spiele anbieten, die der Definition von Geldspielen im Sinne des Gesetzesentwurfs entsprechen. Würden in Zukunft solche Geldspiele über die sozialen Netzwerke angeboten, so würde dies über eine separate Internetadresse geschehen, wie dies bei den Unterhaltungsspielen der Fall ist (zum Beispiel www.facebook.com/xyz-games). Mit einem gezielten Antrag auf Sperrung könnte diese Adresse gesperrt werden, ohne dass das gesamte soziale Netzwerk gesperrt würde. Es bestünde also selbst dann keine Gefahr, dass Facebook als Ganzes gesperrt würde, wenn Facebook selbst in der Schweiz rechtswidrige Geldspiele anbieten würde.

3.4.6 Internetsperren als staatliche Zensurmassnahmen?

Teilweise wird die vom Bundesrat vorgeschlagene Sperre in die Nähe von Zensurmassnahmen totalitärer Regimes gerückt.²⁸ Wie ist dieser Vergleich zu bewerten?

Bei den vorgesehenen Internetsperren handelt es sich nicht um Zensur. Der Staat ist verpflichtet, nicht bewilligte Geldspielangebote zu bekämpfen, unbesessen davon, ob sie über das Internet oder sonst wie angeboten werden. Damit werden Spielerinnen und Spieler vor unkontrollierten Angeboten und den damit verbundenen Gefahren geschützt.

Staaten wie China verfolgen mit ihren Netzsperren andere Ziele mit anderen Mitteln. Der Hauptzweck der Massnahmen besteht dort darin, die verbreiteten Inhalte zu kontrollieren. Die Interventionen sind also darauf ausgerichtet, die freie Kommunikation zu unterbinden und politisch unerwünschte Inhalte unzugänglich zu machen. Als illustratives Beispiel kann der Bericht der NGO Freedom House über die weltweite Netzfreiheit im Jahr 2016 angeführt werden.²⁹ Die NGO bewertet die Internetfreiheit in verschiedenen Staaten. Die angewandten Kriterien zielen immer auf die Frage, ob politische, soziale oder religiöse Inhalte unterdrückt werden. Der Bereich von E-Commerce wird, wenn überhaupt, bloss am Rande untersucht. Im Jahresbericht zu Frankreich³⁰ beispielsweise werden die Internetsperren im Geldspielbereich gar nicht erwähnt. Erwähnt werden hingegen die französischen Massnahmen, mit welchen gegen kinderpornografische und terroristische Inhalte vorgegangen wird. Das Internet in Frankreich wird insgesamt als frei bewertet. Als am wenigsten frei wird das Internet in China bewertet. Gemäss dem Bericht werden in China soziale Medien blockiert, das Internet

²⁸ Vgl. etwa die Voten der Nationalräte Mauro Tuena und Franz Grüter, AB 2017 N 123. Für die Stellungnahme von Bundesrätin Simonetta Sommaruga zu dieser Thematik siehe AB 2017 N 128.

²⁹ Freedom House, Freedom on the net 2016, November 2016 (<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2016>).

³⁰ Freedom House, Freedom on the net 2016, Länderbericht Frankreich, November 2016 (<https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN%202016%20France.pdf>).

überwacht, unerwünschte Inhalte unterdrückt, Online-Diskussionen manipuliert, Bloggerinnen und Blogger sowie andere Nutzer wegen der von ihnen geäußerten Inhalte verhaftet, angegriffen oder gar getötet. Sämtliche von der NGO verwendete Kriterien veranschaulichen, dass es bei der „Netzfreiheit“ in ihrem Sinne letztlich um die Sicherstellung freier und offener Kommunikation über Internet geht.

Die vorgeschlagene Netzsperre richtet sich nicht gegen bestimmte Inhalte. Entsprechend tangiert die vorgeschlagene Sperre den Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte nicht (siehe oben Ziff. 3.3.3). Erst recht nicht berührt ist der Kerngehalt der Kommunikationsgrundrechte: Artikel 17 Absatz 2 BV sieht explizit vor, dass Zensur verboten ist. Hinzu kommt, dass die Verhinderung des Zugriffs auf Seiten, die aus Sicht des Geldspielgesetzes rechtswidrig sind, nicht mit allen Mitteln durchgesetzt wird. Die Sperre wirkt faktisch als Warnung und als eine Art Barriere, welche den Zutritt zu illegalen Angeboten erschwert. Der Zutritt bleibt aber mit Zusatzaufwand möglich und wer dazu bereit ist, wird nicht weiter verfolgt.

4 Alternativen zur vorgeschlagenen Sperrung

4.1 Sperrung von Zahlungen

4.1.1 Worum geht es?

Als Alternative zu den Internetsperren kommt die Sperrung von Zahlungen zwischen Spielenden in der Schweiz und Online-Anbieterinnen ohne Bewilligung in Betracht. Diese Alternative wird nachfolgend näher beleuchtet. Sie finden in Ziff. 4.1.5 auch ein Beispiel, wie die für die Umsetzung der Alternative nötigen Normen aussehen könnten.

4.1.2 Was ist unter Zahlungssperren im Geldspielbereich zu verstehen?

Mit Zahlungssperren sollen Geldflüsse zwischen Spielenden in der Schweiz und ausländischen Geldspielveranstalterinnen unterbunden werden.

Solche Zahlungen laufen in der Praxis auf verschiedene Arten ab, können aber nach den Zahlmethoden bzw. den Zahlungsmitteln stark vereinfacht in drei Kategorien eingeteilt werden: Zahlungen über

- 1.) internetfähige Zahlkarten (Kredit, Debit, PrePaid),
- 2.) Banktransfers (oder Zahlungsauslösedsienste),
- 3.) digitale Portemonnaies (Wallets wie Paypal, Skrill, Neteller) oder Vouchers (z.B. paysafecard).³¹

³¹ Für aktuelle weiterführende Hinweise vgl. Cornelia Stengel / Thomas Weber, Digitale und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2016.



4.1.3 Zahlungssperren im geltenden Recht

Das geltende schweizerische Recht kennt keine Zahlungssperren im Geldspielbereich.

Ein ähnliches Sperrsystem besteht in der Schweiz hingegen für die Umsetzung der internationalen Sanktionen, die auf Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen basieren. Es handelt sich um das Bundesgesetz vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG)³². Das Gesetz sieht vor, dass der Bund Massnahmen zur Einschränkung des Zahlungs- und Kapitalverkehrs erlassen kann, wenn internationale Sanktionen beschlossen wurden (Art. 1 EmbG). Die Zuständigkeit für den Erlass solcher Massnahmen wurde dem Bundesrat übertragen (Art. 2 EmbG). Auf dieser Grundlage hat der Bundesrat rund zwanzig Verordnungen erlassen, die einzelne Länder betreffen. Ein neueres Beispiel ist die Verordnung vom 8. Juni 2012³³ über Massnahmen gegenüber Syrien. Grundsätzlich sehen diese Verordnungen die Sperrung von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen von natürlichen Personen, Unternehmen und Organisationen, die mit dem betreffenden Land in Verbindung stehen, sowie die Sperrung von Geldtransfers an diese Personen vor. Die betroffenen Personen sind in einem Anhang zur Verordnung aufgeführt.

Die Finanzinstitutionen sind verpflichtet, die von ihnen gehaltenen Gelder zu sperren und diese dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) zu melden. Sie sind weiter verpflichtet, Zahlungen von oder für die in den Anhängen aufgeführten Personen zu sperren, auch wenn diese kein Konto in der Schweiz haben.

Neben dem Embargogesetz sehen auch das Geldwäscheriegelgesetz sowie die Verordnungen im Bereich des Umgangs mit politisch exponierten Personen Sperren von Zahlungen vor.

³² SR 946.231

³³ SR 946.231.172.7

4.1.4 Rechtsvergleich

Zahlreiche europäische Länder haben rechtliche Grundlagen für die Sperrung von Zahlungen im Geldspielbereich geschaffen (vgl. Tabelle Ziffer 2.3.6). Gemäss der Einschätzung der ESBK und der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) sind die Erfahrungen mit solchen Sperren im Ausland bisher nicht zufriedenstellend. In Belgien, Grossbritannien und den Niederlanden werden die Sperren auf freiwilliger Basis und offenbar mit unterschiedlicher Wirkung umgesetzt. Während dem Sperren in Grossbritannien eine erhebliche Wirkung zugeschrieben wird, werden die Sperren in Belgien und den Niederlanden als kaum wirksam bewertet. In anderen Staaten, welche Zahlungssperren rechtlich verankert haben, werden diese faktisch nicht durchgesetzt.³⁴

4.1.5 Rechtliche Umsetzung

4.1.5.1 Einleitung

Zahlungssperren sind für jene schweizerischen Unternehmen, welche sie umsetzen, mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden. Es ist deshalb nötig, die wesentlichen Punkte der Regulierung im Geldspielgesetz selber vorzusehen. Dabei ist der Vielfalt der Zahlungsmethoden Rechnung zu tragen.

Das Beispiel, wie diese Alternative umgesetzt werden könnte, sieht drei Abschnitte vor. Der erste Abschnitt enthält allgemeine Bestimmungen. Der zweite Abschnitt regelt die Sperrung von Zahlungen, welche über eine Zahlkarte abgewickelt werden. Der dritte Abschnitt regelt die Sperre von Transaktionen, welche mittels Banküberweisungen abgewickelt werden.

4.1.5.2 Allgemeine Bestimmungen und Grundsatz

In Artikel 90a ist der Grundsatz verankert, dass der Zahlungsverkehr zwischen Spielenden in der Schweiz und den Veranstalterinnen von Geldspielen im Ausland unterbunden wird. Dieser Grundsatz gilt für alle Zahlmethoden beziehungsweise Zahlungsmittel. In den Abschnitten zwei und drei wird die Bedeutung dieses Grundsatzes für zwei Bereiche näher ausgeführt.

Die grundsätzliche Verpflichtung von Artikel 90a richtet sich an alle jene juristischen Personen, welche Dienstleistungen im Bereich des Zahlungsverkehrs erbringen und dem schweizerischen Recht unterliegen. Artikel 90c verdeutlicht, dass die Umsetzung der Zahlungssperren durch die FINMA beaufsichtigt wird. Nicht die Aufsichtsbehörden über den Geldspielbereich – ESBK, interkantonale Behörde, kantonale Aufsichtsbehörden – sondern die FINMA soll die Personen beaufsichtigen, welche gemäss Artikel 90a Absatz 3 verpflichtet sind, die Zahlungen zu unterbinden.

4.1.5.3 Sperrung von Zahlungen über Kreditkarten und andere Zahlkarten

Der Entwurf sieht mit Artikel 90d eine spezielle Norm vor, die ermöglicht, Zahlungen über Kreditkarten zu sperren.

Im Zahlkartengeschäft der internationalen Kartenorganisationen (z. B. Mastercard und Visa) kann jeder Händler (Merchant) insbesondere aufgrund folgender Datenfelder kategorisiert werden:

- Der Merchant Category Code (MCC) gibt Auskunft über die Branche des Händlers. Die Geldspielbranche verfügt über einen eigenen Code (Nr. 7995).

³⁴ Vgl. für eine kurze Einführung Matthias Spit / Jessica Maier, Tracing the money. An overview of payment blocking efforts in Europe, European Gaming Lawyer 2015, S. 22 ff.

- Die Merchant ID enthält eine eindeutige Identifikationsnummer des Händlers.
- Ein Datenfeld enthält einen Code für das Domizil-Land des Händlers.

Die Sperre würde folgendermassen ablaufen:



Zahlungen mit dem Merchant Category Code (MCC) für Geldspiele würden demnach vom schweizerischen Herausgeber der Kreditkarte in der Regel nicht ausgeführt. Spielende in der Schweiz, welche ihr Guthaben auf dem Spielerkonto der ausländischen Geldspielveranstalterin aufladen möchten, könnten dies nicht tun. Ihre Zahlung würde ohne weitere Angabe von Gründen nicht ausgeführt. Bloß ausnahmsweise, wenn es sich um eine zugelassene Geldspielveranstalterin aus der Schweiz handelt, wird die Zahlung nicht blockiert.

Für den Bereich der Zahlungen über Kreditkarten könnte auf das Führen von schwarzen Listen von Veranstalterinnen verzichtet werden. Es sind keine Verfügungen in Einzelfällen zu erlassen und zu kommunizieren. Das abstrakte Verbot der Ausführung entsprechender Transaktionen genügt. Entsprechend sind auch keine Rechtsmittel nötig.

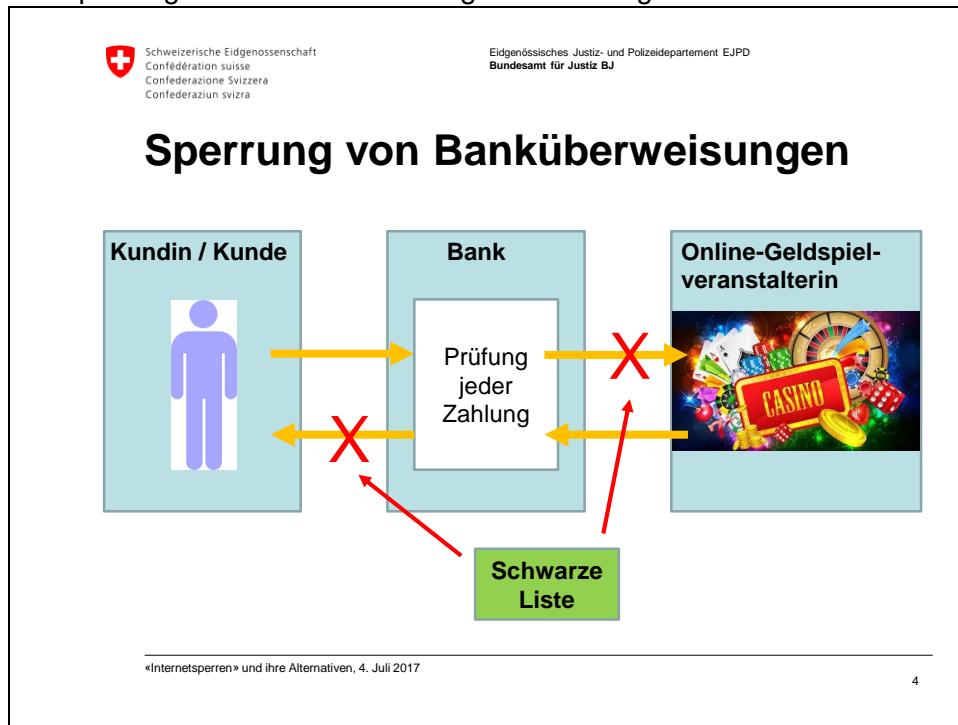
Technisch wären derartige Sperren möglich. Für die betroffenen Zahlungsdienstleisterinnen hätte die Regelung Ertragsausfälle und gewisse Mehraufwände zur Folge. Zudem würden für diese Personen zusätzliche Compliance-Risiken entstehen. Nicht auszuschliessen wäre zudem, dass auch ausländische Kunden eines schweizerischen Herausgebers von Kreditkarten von der Sperre betroffen wären. Diesfalls hätte die Sperre überschiessende Wirkung.

4.1.5.4 Sperrung von Zahlungen via Banktransfers

Das Normbeispiel sieht im dritten Abschnitt die nötigen Regelungen vor, um Zahlungen im Rahmen von Banküberweisungen blockieren zu können.

Punkto Regulierungsidee und Aufbau orientiert sich die weiter unten aufgeführte mögliche konkrete Umsetzung einerseits am 7. Kapitel des E-BGS zur Netzsperrre, andererseits am Beispiel des Embargogesetzes.

Die Sperrung von Banküberweisungen würde folgendermassen ablaufen:



Kern der Regulierungsidee ist, dass eine schwarze Liste mit in der Schweiz nicht bewilligten ausländischen Geldspielveranstalterinnen geführt wird. Banküberweisungen zwischen diesen Personen und Spielenden in der Schweiz sollen von den beteiligten schweizerischen Zahlungsdienstleisterinnen unterbunden werden. Die Regelungen betreffend Publikation und Kommunikation der Sperrlisten, der Streichung aus den Sperrlisten sowie den Rechtsschutz entsprechen weitgehend jenen aus dem Bereich des Netzsperre.

Zumindest in der Theorie sind solche Sperrungen technisch machbar. Die Regelung hätte zur Folge, dass sämtliche von schweizerischen Zahlungsdienstleisterinnen abgewickelten Zahlungen auf einen möglichen Bezug zu Geldspiel überprüft werden müssten. Diese Überprüfung könnte nur in einem ersten Schritt rein maschinell erfolgen. Eine gewisse Nachbearbeitung durch die Compliance-Stelle zumindest von Zweifelsfällen scheint unabdingbar. Für die Finanzdienstleisterinnen wäre dies mit erheblichem Aufwand verbunden. Zudem würde die Abwicklung des Zahlungsverkehrs zumindest für denjenigen Teil der Zahlungen, welcher durch die Compliance-Stelle geprüft werden muss, deutlich verlangsamt.

4.1.5.5 Mögliche konkrete Umsetzung (Entwurf)

7a. Kapitel Sperrung von Zahlungen

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 90a Sperrung von Zahlungen

¹ Zahlungen an oder von Veranstalterinnen von online durchgeführten Geldspielen sind zu sperren, wenn die Spielangebote in der Schweiz nicht bewilligt sind.

² Gesperrt werden die Transaktionen zwischen Spielerinnen und Spielern in der Schweiz und Veranstalterinnen, die ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland haben oder ihn verschleiern.

³ Zur Sperrung verpflichtet ist jede Person, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringt.

Art. 90b Haftungsausschluss

Wer guten Glaubens eine Zahlungssperre nach den Bestimmungen dieses Kapitels vornimmt oder die obligatorische Meldung nach Artikel 90e Absatz 2 erstattet, kann nicht wegen Verletzung des Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses belangt oder wegen Vertragsverletzung haftbar gemacht werden.

Art. 90c Aufsicht

Die FINMA beaufsichtigt die Umsetzung der Massnahmen nach diesem Kapitel.

2. Abschnitt: Sperrung von Zahlungen über Kreditkarten und ähnliche Zahlungsmittel

Art. 90d

Die Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, sperren die über Kreditkarten oder ähnliche Zahlungsmittel vorgenommenen Zahlungen an oder von Veranstalterinnen von Online-Spielangeboten, die in der Schweiz nicht bewilligt sind.

3. Abschnitt: Sperrung von Zahlungen über Banküberweisungen oder ähnliche Zahlungsmethoden

Art. 90e Sperrung und obligatorische Berichterstattung

¹ Die Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, sperren die über Banküberweisungen oder ähnliche Zahlungsmethoden vorgenommenen Zahlungen an oder von Veranstalterinnen von Online-Spielangeboten, die auf den Listen nach Artikel 90f aufgeführt sind.

² Sie erstatten der FINMA sowie der ESBK und der interkantonalen Behörde regelmässig Bericht über die vorgenommenen Sperrungen. Sie melden namentlich den Namen der betroffenen Veranstalterinnen sowie die Anzahl und den Betrag der gesperrten Zahlungen.

Art. 90f Liste der gesperrten Veranstalterinnen

¹ Die ESBK und die interkantonale Behörde führen jeweils eine Liste der Veranstalterinnen in ihrem Zuständigkeitsbereich, die von einer Sperrung der Zahlungen über Banküberweisungen oder ähnliche Zahlungsmethoden betroffen sind (Liste der gesperrten Veranstalterinnen). Sie aktualisieren diese Liste regelmässig.

² Die Liste der gesperrten Veranstalterinnen enthält alle Angaben, die der Identifizierung der betreffenden Veranstalterinnen dienen.

Art. 90g Eröffnung und Einspracheverfahren

¹ Die ESBK und die interkantonale Behörde eröffnen gleichzeitig ihre Listen der gesperrten Veranstalterinnen und deren regelmässige Aktualisierungen mittels eines Verweises im Bundesblatt. Diese Veröffentlichung gilt als Eröffnung der Verfügung zur Sperrung der Zahlungen über Banküberweisungen oder ähnliche Zahlungsmethoden.

² Die Veranstalterinnen auf der Liste der gesperrten Veranstalterinnen können bei der verfügenden Behörde innert 30 Tagen ab der Veröffentlichung schriftlich Einsprache gegen die Verfügung erheben. Einsprache kann namentlich erhoben werden, wenn die Veranstalterin das betroffene Angebot aufgehoben oder den Zugang dazu in der Schweiz mit geeigneten technischen Massnahmen unterbunden hat.

³ Ist gültig Einsprache erhoben worden, so überprüft die zuständige Behörde ihre Verfügung. Sie ist nicht an die gestellten Anträge gebunden.

Art. 90h Kommunikation der Liste der gesperrten Veranstalterinnen

- ¹ Die ESBK und die interkantonale Behörde informieren über ihre Listen der gesperrten Veranstalterinnen auf ihrer Website mit einem Link auf die Website der anderen Behörde.
- ² Die Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, können bei der verfügenden Behörde innert 30 Tagen ab der Veröffentlichung nach Artikel 90g schriftlich Einsprache gegen die Verfügung erheben, wenn die Massnahme, die für die Sperrung erforderlich ist, aus betrieblicher oder technischer Sicht unverhältnismässig wäre.

Art. 90i Streichung aus der Liste

Erfüllt eine Veranstalterin die Voraussetzungen für die Sperrung nicht mehr, namentlich weil sie das betroffene Angebot aufgehoben oder den Zugang dazu in der Schweiz mit geeigneten technischen Massnahmen unterbunden hat, so streicht sie die zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Ersuchen aus der Liste der gesperrten Veranstalterinnen.

Art. 90j Aufschiebende Wirkung

Weder Beschwerden noch Einsprachen gegen Massnahmen nach diesem Abschnitt haben aufschiebende Wirkung. Vorbehalten bleibt eine Beschwerde oder eine Einsprache einer Person, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringt.

4.1.6 Teilweise Unwirksamkeit

In Ziff. 4.1.2 werden drei Kategorien von Zahlungsmethoden dargestellt. Nur in zwei der drei Fälle kann wirksam interveniert werden. Deshalb bleiben die vorgeschlagenen Zahlungssperren in der Praxis teilweise unwirksam. Allerdings ist davon auszugehen, dass diese Sperren eine vergleichbare präventive Wirkung haben wie die Internetsperren (vgl. Ziffer 3.4.1).

Für jene Spielerinnen und Spieler, welche ihre Geldspielguthabenkonten mit Hilfe einer **Kreditkarte** oder mittels **Banküberweisung** äuften wollen, sind die Sperren grundsätzlich wirksam. Zwar können sie diese Sperren umgehen, indem sie sich eine Kreditkarte eines ausländischen Ausstellers besorgen oder die Zahlung über ein auf sie lautendes Bankkonto im Ausland abwickeln. Für die Durchschnittsnutzer werden solche Sperren aber trotzdem zu mindest eine gewisse Wirkung entfalten.

Ausländische Spielbanken bieten jedoch neben diesen zwei genannten zahlreiche weitere Zahlungsmethoden an, wie Guthaben geladen werden können: Dazu gehören neben Paypal zahlreiche andere Formen von elektronischen Portemonnaies und Gutscheinen. Solche Zahlungsmethoden sind weit verbreitet und werden heute in vielfältiger Weise für Transaktionen im Zusammenhang mit anderen Internetdiensten (z.B. ebay) verwendet. Sie können in der Praxis meist nicht gesperrt werden. Dies insbesondere, weil Dienstleistungen, die ein ausländischer Finanzintermediär ausschliesslich via Internet anbietet, nicht in den räumlichen Anwendungsbereich der schweizerischen Gesetzgebung etwa im Bereich der Geldwäscherei fallen.³⁵ Dies führt dazu, dass schweizerische Zahlungsdienstleisterinnen nicht wissen können, ob eine Zahlung letztlich für eine ausländische Geldspielveranstalterin bestimmt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Kunde sein elektronisches Portemonnaie (z.B. Neteller)

³⁵ So der am 11. Juli 2016 in Anhörung gegebene Erläuterungsbericht zum FINMA-Rundschreiben 2011/1 „Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG“ – Teilrevision zum räumlichen Geltungsbereich Erläuterungsbericht, S. 5. (<https://www.finma.ch/de/news/2016/07/20160711--mm--rs-2011-01/> > Erläuterungsbericht).

via Kreditkarte auflädt und später dieses Portemonnaie auch für Geldspiele benutzt. Ähnliches gilt, wenn eine Person am Kiosk oder an einem SBB-Ticketautomaten einen Voucher kauft, welchen sie später zur Bezahlung im Internet verwenden kann (z. B. Paysafecard).

(Unwirksame) Sperrung von Zahlungen über elektronische Portemonnaies oder Vouchers:



Zahlungssperren im Bereich der Geldspiele sind deshalb nur sehr beschränkt wirksam. Es bleiben erhebliche Lücken, die rechtlich gar nicht erfasst werden können. Dieses Fazit wird auch mit Blick auf jene Staaten bestätigt, welche solche Sperren bereits rechtlich verankert haben. Mit Blick auf die funktionierenden Zahlungssperren im Sanktionsbereich mag dieses Fazit auf den ersten Blick überraschen. Wieso sind ähnliche Regelungen im Embargo- und Sanktionswesen wirksam, nicht aber im Geldspielbereich? Die Antwort ist klar: Embargos und Sanktionen zeigen dann effektiv Wirkung, wenn sie international anerkannt und von der Staatengemeinschaft mitgetragen werden. Zahlungssperren sind also allenfalls dann wirksam, wenn sie von einer Vielzahl von Staaten gleichermaßen umgesetzt werden. Bekanntlich fehlt für den Bereich der Geldspiele ein derartiger Konsens bereits innerhalb Europas.

4.1.7 Verfassungsmässigkeit

Eine Zahlungssperre greift in die Wirtschaftsfreiheit von Personen in der Schweiz ein, welche Zahlungsdienstleistungen erbringen. Die Einschränkungen wiegen gerade für Banken im Bereich von Überweisungen recht schwer. Sie müssen eine Infrastruktur bereitstellen, mit welcher der gesamte Zahlungsverkehr überwacht werden kann. Dies beinhaltet nicht nur dafür geeignete Computersysteme, sondern auch den Einsatz von Personal, welches Zweifelsfälle bearbeitet.

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Die im Kapitel 7a vorgesehenen Bestimmungen stellen eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar. Das verfolgte öffentliche Interesse ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit und die Verhütung von Straftaten (Geldwäscherei, Betrug). Im Rahmen der Verhältnismässigkeit ist eine Gesamtbetrachtung nötig, welche die Prüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit miteinschliesst. Bei dieser Gesamtbetrachtung ist dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum

zu belassen. Immerhin ist die Frage berechtigt, ob mit der Internetsperre möglicherweise nicht ein Mittel vorliegt, welches zur Erreichung der öffentlichen Interessen gleich gut oder gar besser geeignet ist und gleichzeitig mit weniger schwerwiegenden Grundrechtseingriffen verbunden ist.³⁶

Die Verfahrensrechte der Zahlungsdienstleisterinnen und der Betreiber von Spiel-Internetseiten (rechtliches Gehör, Rechtsweggarantie) werden mit dem vorgesehenen Vorgehen gleichermassen wie bei der Internetsperre eingehalten.

4.1.8 Bewertung

Die Einführung von Zahlungssperren erscheint insbesondere aus folgenden Gründen problematisch.

- Zahlungssperren sind auch für Durchschnittnutzerinnen und -nutzer **häufig wirkungslos**. Es ist nicht möglich, Zahlungen von in der Schweiz wohnhaften Personen an ausländische Geldspielveranstalterinnen nur durch Sperren bei inländischen Finanzintermediären effektiv zu verhindern. Ein bedeutender Teil solcher Zahlungen wird schon heute über ausländische Finanzintermediäre abgewickelt. Dies ist beispielsweise bei Zahlungen über PayPal der Fall. Ausländische Finanzintermediäre können von der Schweiz nicht reguliert werden. Auch Zahlungen mittels Vouchers können nicht unterbunden werden. Wirksam verhindert würden mit der vorliegenden Regelung immerhin alle Zahlungen an ausländische Geldspielveranstalterinnen, welche über schweizerische Kreditkarten abgewickelt würden. Ebenfalls unterbunden werden könnten wohl Banktransfers aus der Schweiz von und zu ausländischen Geldspielveranstalterinnen.
- Die Sperren führen bei den schweizerischen Finanzintermediären und den zuständigen Aufsichtsbehörden zu erheblichen **Kosten**. Die bei den Finanzintermediären anfallenden Kosten betragen ein Vielfaches von denjenigen, welche durch Netzsperren bei den Internetserviceprovidern entstehen. Dies weil im Bereich der Banküberweisungen sämtliche Zahlungen daraufhin überprüft werden müssen, ob sie einen Zusammenhang mit einer auf einer Sperrliste aufgeführten Person haben könnten. Anders als im Bereich der Netzsperren kann diese Prüfung nicht rein maschinell abgewickelt werden.
- Die Zahlungssperren führen auch zu **Ertragsausfällen**. Wenn Zahlungen über Kreditkarten nicht abgewickelt werden können, bleiben die entsprechenden Kommissionserträge aus.
- Die Regelung würde für schweizerische Herausgeber von Kreditkarten gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten zudem zu **Wettbewerbsnachteilen** führen.
- Anders als bei Netzsperren werden die Spielerinnen und Spieler nicht von einer Behörde über den Grund **informiert**, warum ihre Zahlungsaufträge nicht ausgeführt werden.
- FINMA und ESBK lehnen die Einführung aus den vorgenannten Gründen ab. Die FINMA lehnt zudem die Übertragung der neuen Aufsichtsaufgabe ab. Sie hält diese für nicht kompatibel mit ihrem gesetzlichen Mandat, das nicht auf Sicherung von fiskalischen Interessen ausgerichtet ist. Mangels sachlichem Zusammenhang mit der Geldwäschereibeckämpfung und der Aufsichtstätigkeit der FINMA nach den Finanzmarktgesetzen erachtet sie eine Zuständigkeit für die erwähnte Aufsichtsaufgabe als systemfremd. Auch im Bereich Embargo und Sanktionen kommen ihr keine vergleichbaren Überwachungsaufgaben zu (Kontrollorgan im Bereich Embargo und Sanktionen ist in der Regel das seco). Außerdem weist sie auf die Ressourcenfolgen hin.

³⁶ Peter V. Kunz vertritt die Ansicht, dass Zahlungssperren einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Herausgeberinnen und Herausgeber von Kreditkarten darstellen. Als milderes Mittel schlägt er Internetsperren mit einem vorgelagerten Meldeverfahren nach französischem Vorbild vor. Peter V. Kunz, Rechtsgutachten für Swiss Payment Association (SPA) betreffend Finanztransaktionssperren im Geldspielgesetz, Bern, 20. Dezember 2016, Rz. 52 ff., 63, 79.

4.2 Kombination von Internet- und Zahlungssperren

4.2.1 Worum geht es?

Bei dieser Alternative geht es um eine Kombination von Internet- und Zahlungssperren.

4.2.2 Verfassungsmässigkeit

Grundsätzlich stellen sich bei einer Kombination der Sperren die gleichen verfassungsrechtlichen Fragen, wie wenn nur eine der Sperren umgesetzt würde. Wir verweisen auf die entsprechenden Ausführungen in dieser Notiz. Bei der Kombination der Sperre ist die Frage berechtigt, ob mit der alleinigen Umsetzung von Internetsperren nicht ein Mittel vorliegt, welches zur Erreichung der öffentlichen Interessen annähernd gleich gut geeignet ist und gleichzeitig mit deutlich weniger schwerwiegenden Grundrechtseingriffen verbunden ist.

4.2.3 Bewertung

Eine Kombination von Internet- und Zahlungssperren ist an sich möglich. Es gibt auch einige europäische Staaten, welche in ihrem Recht beide Sperren vorsehen.³⁷

Kombiniert man die Sperren, ist die Wirkung grundsätzlich grösser, als wenn man blass eine der Sperren vorsieht. Im Vergleich zur Internetsperre dürfte die zusätzliche Wirkung von kombinierten Sperren aber äusserst gering sein. Internet- und Zahlungssperren werden ihre Wirkung grösstenteils bei den gleichen Spielerinnen und Spielern entfalten. Die durch die Kombination entstehenden zusätzlichen Kosten sind aber gross. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis spricht deshalb klar gegen die Kombination der Sperren.

4.3 Unterdrückung von Suchergebnissen von Internet-Suchmaschinen

4.3.1 Worum geht es?

Teilweise wird die Unterdrückung von nicht bewilligten Spielangeboten in den Ergebnissen von Internet-Suchmaschinen verlangt.³⁸ Diese Massnahme ersetzt die Netzsperrre. Nutzerinnen und Nutzer sollen vom Spiel auf nicht bewilligten ausländischen Seiten dadurch abgehalten werden, dass Verweise auf solche Seiten nicht als Suchresultate in Internet-Suchmaschinen aufgeführt werden.

4.3.2 Geltendes Recht und Rechtsvergleich

Das geltende Geldspielrecht kennt keine derartige Bestimmung.

In Grossbritannien werden in der Praxis gewisse Suchresultate zu nicht bewilligten Spielangeboten von Internetsuchmaschinen unterdrückt. Diese Unterdrückung erfolgt aufgrund einer freiwilligen Zusammenarbeit zwischen Behörden und den Betreibern von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken.

Eine Lösung mit ähnlicher Stossrichtung ist - komplementär zu Netz- und Zahlungssperren - in der französischen Gesetzgebung vorgesehen, wird aber zurzeit nicht angewendet.³⁹

³⁷ Vgl. vorne, Ziff. 2.3.6.

³⁸ Vgl. für ein Beispiel den Antrag der Minderheit III (Arslan, Mazzone) zum 7. Kapitel für die Frühjahrssession 2017 des Nationalrates, Fahne 2017 I N, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20150069&k=PdAffairId:20150069#k=PdAffairId%3A20150069>.

³⁹ Für aktuelle Hinweise vergleiche den Bericht der ARJEL über eine Tagung vom 6. Juni 2016 in Paris mit dem Titel « Régulation et offre illégale : pour une lutte à armes égales », S. 21 (<http://www.arjel.fr/IMG/pdf/synthese20160606.pdf>).

4.3.3 Wirksamkeit der Massnahme

Die Massnahme kann nur insoweit Wirkung entfalten, als eine Suchmaschine einen genügend engen Bezug zur Schweiz aufweist. Wenn ein Suchmaschinenbetreiber seinen Sitz im Ausland bzw. keine Niederlassung in der Schweiz hat und seine Dienste bross per Internet anbietet, kann die Schweiz diesen Betreiber i.d.R. weder rechtlich noch praktisch regulieren. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass grosse Suchmaschinen einen genügend engen Bezug zur Schweiz aufweisen, damit das BGS Anwendung finden könnte. Beispielsweise ist nicht ausgeschlossen, dass die Massnahme dazu führen würde, dass nicht bewilligte Geldspielangebote als Suchresultate von www.google.ch unterdrückt würden. Diese Wirkung würde aber auf der Seite www.google.fr oder www.google.de auch bei Anfragen aus der Schweiz nicht erreicht. Wer den Domainnamen einer Spielseite kennt oder auf anderem Weg darauf aufmerksam gemacht wird (Soziale Medien, E-Mails, Linkliste, Bookmarks), kann von der Schweiz aus auf die nicht bewilligten Geldspielseiten zugreifen. Gegenüber einer Netzsperrre hat die Unterdrückung von Suchergebnissen von Internet-Suchmaschinen zudem den Nachteil, dass Spielerinnen und Spieler, die bereits illegale Angebote nutzen, nicht auf legale Angebote weitergeleitet werden können.

Mit anderen Worten hätte die Massnahme zwar eine gewisse Wirkung. Diese ist aber deutlich geringer als jene einer Netzsperrre.

4.3.4 Verfassungsmässigkeit

Bei dieser Alternative stellen sich ähnliche grundrechtliche Fragen wie bei der Netzsperrre. Beschränkt würde hier die Wirtschaftsfreiheit der Betreiberinnen von Suchmaschinen. Die Alternative würde zudem bei den Suchmaschinen insofern zu Ertragsausfällen führen, als sie mit zu unterdrückenden Referenzierungen Geld verdienen könnten. Trotz dieser Besonderheit kann der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit mit analoger Begründung wie in Ziffer 3.3 insgesamt gerechtfertigt werden.

4.3.5 Bewertung

Soweit Suchmaschinen keine Niederlassung in der Schweiz haben, könnten die Massnahmen nicht umgesetzt werden. Eine gewisse Wirkung liesse sich wohl trotzdem erreichen. Wer auf www.google.ch eine Suche nach dem Begriff „Geldspiele“ durchführen würde, würde keine Verweise auf Seiten angezeigt bekommen, welche auf der Liste der ESBK bzw. der interkantonalen Behörde aufgeführt sind. Es ist zudem möglich, dass die Massnahme eine ähnliche präventive Wirkung hätte wie die Netzsperrre (vgl. Ziffer 3.4.1).

Insgesamt wäre die Unterdrückung von Suchresultaten jedoch viel weniger effektiv als eine Netzsperrre. Auch eine Information der Spielerinnen und Spieler, wieso die Suchresultate nicht angezeigt werden, würde unterbleiben.

4.4 Strafrechtliche Sanktionierung der Spielerinnen und Spieler

4.4.1 Worum geht es?

Nach dem Gesetzesentwurf des Bundesrates machen sich Personen strafbar, die ohne die dafür nötigen Bewilligungen in der Schweiz Geldspiele durchführen. Die entsprechenden strafrechtlichen Sanktionen sind direkt gegen die Veranstalterinnen gerichtet. Dagegen macht sich nach dem Gesetzesentwurf wie bisher nicht strafbar, wer in der Schweiz nicht bewilligte Spiele bross spielt.

Wäre es auch möglich, eine Sanktionierung auf Seiten der Spielerinnen und Spieler vorzusehen? Wie müsste eine solche Regelung aussehen und wäre sie zu bewerten? Eine solche

Regelung zielt auf Spielerinnen und Spieler, die an ausländischen, in der Schweiz nicht bewilligten Online-Geldspielen teilnehmen. Während die Veranstalterinnen solcher Geldspiele in der Schweiz strafrechtlich nicht belangt werden können, kann der Schweizer Gesetzgeber Spielerinnen und Spieler sanktionieren, die von der Schweiz aus auf entsprechende Online-Geldspielangebote zugreifen.

Eine strafrechtliche Sanktionierung im Nebenstrafrecht lässt sich allerdings nur rechtfertigen, wenn sie der Verwirklichung des betreffenden Gesetzeszwecks dient. Nach Artikel 2 bezieht das Geldspielgesetz unter anderem den angemessenen Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren, die von den Geldspielen ausgehen. Mit Blick auf diesen Gesetzeszweck wäre eine Beschränkung der Strafbarkeit auf die Teilnahme an nicht bewilligten ausländischen Online-Spielen problematisch. Eine allfällige Strafnorm müsste vielmehr aus Gründen der Rechtsgleichheit und Kohärenz generell für die Teilnahme an in der Schweiz nicht bewilligten Geldspielen gelten – unabhängig davon, ob es sich um in- oder ausländische Spielangebote bzw. ob es sich um Online- oder terrestrische Spiele handelt.

4.4.2 Mögliche konkrete Umsetzung

Art. 70a Information

Die Veranstalterinnen setzen die Spielerinnen und Spieler in geeigneter Form darüber in Kenntnis, dass das betreffende Geldspiel in der Schweiz bewilligt ist.

Art. 128 Abs. 1 Bst. a^{bis}

1 Mit Busse bis zu 500 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich:

a^{bis}. die Spielerinnen und Spieler in der Schweiz täuscht, indem er im Sinne von Artikel 70a angibt, dass es sich um ein in der Schweiz bewilligtes Geldspiel handle, obwohl die dafür nötigen Bewilligungen fehlen;

Art. 128a Teilnahme an nicht bewilligten Geldspielen

Mit Busse wird bestraft, wer vorsätzlich an Geldspielen teilnimmt, die in der Schweiz nicht bewilligt sind.

Dieses Beispiel, wie die Alternative konkret umgesetzt werden könnte, sieht mit Artikel 128a eine Bestimmung vor, welche die Teilnahme an sämtlichen in der Schweiz nicht bewilligten Geldspielen, d.h. an allen nicht bewilligten Spielbankenspielen, Gross- und Kleinspielen, unter Strafe stellt.

Eine Sanktionierung durch Einzug von Spielgewinnen wird schon heute praktiziert. Wird in der Schweiz eine Straftat begangen, indem ein nicht bewilligtes Geldspiel durchgeführt wird, so können gestützt auf Artikel 70 StGB auch die Gewinne der Spielerinnen und Spieler eingezogen werden – und dies, obwohl sich die Spielerinnen und Spieler selbst im Gegensatz zur Veranstalterin nicht strafbar gemacht haben.⁴⁰ Solche Einziehungsmöglichkeiten haben erfahrungsgemäss eine abschreckende Wirkung.

Die Strafbarkeit der Spielerinnen und Spieler gemäss Art 128a des Umsetzungsbeispiels würde neu eine solche Gewinneinziehung auch in denjenigen Fällen erlauben, in welchen Spielerinnen und Spieler an einem ausländischen, in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spiel teilnehmen. Eine ausdrückliche Regelung der Einziehung von Gewinnen der Spielerinnen und Spieler ist dazu nicht erforderlich, da die Einziehung von Vermögenswerten nach Artikel 70 StGB vom Strafrichter auch in dieser Konstellation ohnehin zu prüfen ist.

Die in Artikel 70a des Umsetzungsbeispiels vorgesehene Informationspflicht der Veranstalterinnen soll sicherstellen, dass die Spielerinnen und Spieler ohne eigene Nachforschungen

⁴⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 8G.16/2004 vom 12. Februar 2004, E. 2 (betreffend Beschlagnahme nach Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht; SR 313.0).

jederzeit davon Kenntnis haben, ob sie an einem in der Schweiz bewilligten Geldspiel teilnehmen oder nicht. Gleichzeitig sieht das Umsetzungsbeispiel in Artikel 128 Abs. 1 Bst. a^{bis} einen neuen Übertretungstatbestand vor, wonach Veranstalterinnen bestraft werden, die Spielerinnen und Spieler in der Schweiz täuschen, indem sie tatsächenwidrige Angaben betreffend das Vorliegen einer Bewilligung machen.

Einige Länder sehen für das Spielen auf nicht bewilligten Internetseiten eine strafrechtliche Ahndung vor (vgl. Tabelle Ziffer 2.3.6). Die festgelegten strafrechtlichen Sanktionen reichen von Bussen bis zu Gefängnisstrafen.

4.4.3 Bewertung

Eine strafrechtliche Sanktionierung der Spielerinnen und Spieler hätte auf die ausländischen Geldspielveranstalterinnen ohne Bewilligung keine abschreckende Wirkung. Solche Veranstalterinnen sehen in der Regel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, dass Spielerinnen und Spieler selber für die Prüfung verantwortlich sind, ob sie gemäss dem anwendbaren nationalen Recht spielen dürfen oder nicht.

Die Strafbarkeit der Spielerinnen und Spieler könnte aber eine gewisse abschreckende Wirkung auf die Spielenden haben. Sie wirft jedoch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit grundlegende Fragen auf. So ist vor allem zweifelhaft, ob eine solche Strafnorm geeignet wäre, die Bevölkerung vor den Gefahren zu schützen, die von den Geldspielen ausgehen, da sich ganz erhebliche Vollzugsprobleme stellen würden. Es ist jedenfalls äusserst schwierig zu sehen, wie die Strafverfolgungsbehörden, namentlich im Online-Bereich, Spielerinnen und Spieler überhaupt identifizieren und ihnen allenfalls schuldhafte Verhalten nachweisen könnten. Deren Verurteilung wäre somit, wenigstens im Online-Bereich, praktisch unmöglich. Während die Strafnorm im Fall der Teilnahme an nicht bewilligten Geldspielen schweizerischer Veranstalterinnen (die allerdings ohnehin strafrechtlich belangt werden können) allenfalls einen gewissen Effekt erzielen könnte, wäre sie gerade bei der Teilnahme an ausländischen Online-Spielen wohl nahezu wirkungslos. Im Übrigen hat die Strafnorm mit der Kriminalisierung breiter Bevölkerungskreise (die das Geldspielgesetz ja gerade zu schützen bezieht) eine stark überschiessende Tendenz. Sie erscheint somit unter rechtssstaatlichen Gesichtspunkten als fragwürdig. Die Strafbarkeit des Zugriffs auf ausländische, in der Schweiz nicht bewilligte Angebote stünde ferner mit dem Konzept des Bundesrates in Konflikt, nach dem die Internetsperre vorab eine Warnungsfunktion hat (siehe oben Ziff. 3.4.2).

Die Möglichkeit der Einziehung von Gewinnen der Spielerinnen und Spieler hat zwar eine gewisse abschreckende Wirkung. Zu denken ist etwa an einen Millionengewinn, der mit einem in der Schweiz nicht bewilligten ausländischen Online-Geldspiel erzielt und anschliessend vom Strafrichter eingezogen wird. Doch die geschilderten praktischen Probleme des Vollzugs der Strafnorm gelten selbstverständlich in gleichem Mass für den Vollzug der Massnahme. Deren generalpräventive Wirkung könnte sich deshalb wohl gerade dort, wo sie nötig wäre, kaum entfalten.

4.5 Weitere Alternativen

4.5.1 Sperrung von Internetseiten auf freiwilliger Basis

Die Sperrung von Internetseiten durch die Internetzugangsprovider könnte auch auf freiwilliger Basis, ohne gesetzliche Pflicht zur Sperrung, erfolgen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit sowie der Rechtmässigkeit müsste eine solche freiwillige Sperrung dennoch im Gesetz verankert werden. Der geltende Artikel 13e Absatz 5 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit

(BWIS)⁴¹ könnte hierfür als Modell dienen. Dazu müsste die zuständige Behörde (ESBK und interkantonale Behörde) den schweizerischen Internetzugangsprovidern empfehlen können, Spiel-Internetseiten, die ohne die erforderliche Bewilligung in der Schweiz Geldspiele anbieten, zu sperren.

Mehrere Stellen zum Schutz der Menschenrechte haben darauf hingewiesen, dass solche freiwilligen Sperrungen insofern problematisch sind, als sie nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und nicht anfechtbar sind. Zudem sind solche Sperrungen in der EU ab 2017 untersagt. Eine Massnahme dieser Art wäre also gegenläufig zur internationalen Entwicklung. Im Hinblick auf ihre Auswirkungen ist die Massnahme in jedem Fall problematisch: Wenn die Internetzugangsprovider keine Sperrung vornehmen, ist sie unwirksam. Wenn sie eine Sperrung durchführen, ist der Grundrechtseingriff letztlich grösser als im Rahmen einer obligatorischen Sperrung.

4.5.2 Veröffentlichung einer weissen Liste, in Verbindung mit einem Label

Die zuständigen Behörden (ESBK und interkantonale Behörde) könnten eine oder zwei weisse Listen der in der Schweiz bewilligten Internetseiten mit Online-Spielangeboten veröffentlichen. Die Veröffentlichung könnte auf der Website der betroffenen Behörden oder auf einer speziellen Website erfolgen. Das Ziel wäre eine Information der Spielerinnen und Spieler. Die Veröffentlichung dieser weissen Listen könnte mit einem Label «in der Schweiz bewilligt durch... [Name der zuständigen Behörde]» ergänzt werden, das auf den bewilligten Spiel-Internetseiten erscheinen würde. Mit diesem Label könnten die Spielerinnen und Spieler ohne Umweg über die Website einer Behörde direkt darüber informiert werden, dass sie sich auf einer bewilligten Internetseite befinden.

Die Wirksamkeit einer solchen Massnahme ist schwer abschätzbar. Sie wäre eine Orientierungshilfe für Spielerinnen und Spieler, die ausschliesslich auf bewilligten Internetseiten spielen wollen, hätte aber keine abschreckende Wirkung auf die Veranstalterinnen. Hinzu kommt, dass Spielende ihrer Spieltätigkeit oft auf „spielerische“ Weise nachgehen, d.h. sie setzen sich nicht vorgängig systematisch über die rechtlichen Rahmenbedingungen ins Bild. Wirksam ist in solchen Fällen einzig die Umleitung der Spielenden, welche auf eine in der Schweiz nicht bewilligte Seite zugreifen wollen, auf eine Warnseite.

4.5.3 Veröffentlichung einer schwarzen Liste ohne anschliessende Sperrung

Die zuständigen Behörden (ESBK und interkantonale Behörde) könnten eine schwarze Liste der Internetseiten veröffentlichen, die in der Schweiz ohne entsprechende Bewilligung Geldspiele anbieten. Ziel wäre, die Spielerinnen und Spieler zu informieren, damit sie sich in voller Kenntnis der Sachlage für die Internetseite entscheiden können, auf der sie spielen wollen. Die Liste könnte beispielsweise auf den Websites der zuständigen Behörden oder auf einer speziellen Website veröffentlicht werden. Um die Wahrung der Grundrechte der Veranstalterinnen von Online-Spielen sicherzustellen, müsste wahrscheinlich ein Beschwerde- oder Widerspruchsverfahren vorgesehen werden.

Die Wirksamkeit einer solchen Massnahme ist fraglich, da damit nur das Verhalten weniger Spielerinnen und Spieler beeinflusst werden kann, nämlich derjenigen, die sich bewusst und aktiv nach legalen Angeboten erkundigen und sich zu diesem Zweck bei den zuständigen Behörden informieren. Die Erfahrung zeigt, dass sich Online-Spielerinnen und -Spieler bei der Wahl einer Spiel-Internetseite in der Regel auf Quellen wie Online-Foren oder Internet-Rankings stützen und den Behörden tendenziell mit Misstrauen begegnen. Es ist möglich, dass eine solche Veröffentlichung eine abschreckende Wirkung auf die Betreiber von Spiel-

⁴¹ SR 120.

Websites hätte, die nicht auf einer schwarzen Liste erscheinen wollen. Doch ohne das Damoklesschwert der Sperrungsandrohung dürfte die Wirkung sehr begrenzt sein.

5 Fazit

Die Sperrung von Internetseiten, auf denen nicht bewilligte Geldspiele angeboten werden, ist eine in Europa weit verbreitete Massnahme. Weitere Länder sind gegenwärtig daran, sie einzuführen. Die Internetsperre ist angesichts des stark regulierten Geldspielmarkts gerechtferligt. Sie ist zurzeit die einzige dem Staat zur Verfügung stehende Massnahme, welche eingemessen wirksam ist und so die von Artikel 106 BV bezweckte erfolgreiche Entwicklung des legalen Angebots auch im Internet ermöglicht. Durch die Sperre gewährleistet der Staat einen angemessenen Sozialschutz der Bevölkerung, ein sicheres und transparentes Spiel und die Generierung von Erträgen für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie für gemeinnützige Zwecke.

Alternative Massnahmen zur Sperrung von Internetseiten weisen mindestens so viele Nachteile auf wie diese, wenn nicht noch mehr: Sie sind oft unwirksam oder kommen letztlich nur kumulativ und nicht alternativ zur Sperrung von Internetseiten in Frage. Wenn zusätzlich zur Internetsperre weitere Massnahmen vorgesehen würden, würde dies die Wirksamkeit nur geringfügig steigern und wäre gleichzeitig mit beachtlichen Kosten verbunden. Dies trifft insbesondere auf die Sperrung von Zahlungen zu.

		Internetsperre	Zahlungssperre
Wirksamkeit auf Seite Nutzer	Für Durchschnittsnutzer wirksam (Warnfunktion)	Für Durchschnittsnutzer häufig wirkungslos	
Wirksamkeit auf Seite Veranstalterin	Präventive Wirkung gegeben	Präventive Wirkung gegeben	
Verfassungsmässigkeit	Gegeben	Gegeben	
Vollzugskosten für Private	Tief	Hoch	
Erfahrungen aus dem Ausland	Positiv	Grossmehrheitlich negativ	

«Internetsperren» und ihre Alternativen, 4. Juli 2017

6

Die Einführung einer strafrechtlichen Sanktionierung von Spielerinnen und Spielern, welche an in der Schweiz nicht bewilligten Geldspielen teilnehmen, erscheint als unverhältnismässig.

Als Fazit ist folgendes festzuhalten: Das im Gesetzesentwurf vorgeschlagene System ist zweckmässig. Es ermöglicht, ohne unverhältnismässige Einschränkung von Grundrechten die erwünschte Wirkung zu erzielen.



Le blocage de sites Internet et ses alternatives

Note concernant la loi sur les jeux d'argent, 4 juillet 2017

Référence / n° de dossier: COO.2180.109.7.223030 / 217.1/2016/00008

Table des matières

1 Introduction	2
2 Contexte	3
2.1 Le droit en vigueur ne prévoit aucune limitation de l'accès aux offres de jeux d'argent non autorisées provenant de l'étranger	3
2.2 Seul exemple de blocage de sites Internet en Suisse: la lutte contre la pédopornographie	3
2.3 Droit comparé.....	4
2.3.1 Remarque générale	4
2.3.2 France.....	4
2.3.3 Belgique	5
2.3.4 Danemark	6
2.3.5 Royaume-Uni.....	6
2.3.6 Liste des pays européens connaissant le blocage de sites Internet et/ou le blocage des paiements dans le domaine des jeux d'argent	7
3 Mesures prévues pour limiter l'accès aux offres de jeux en ligne non autorisées en Suisse	8
3.1 Mise en œuvre au niveau de la loi	8
3.2 Mise en œuvre possible au niveau de l'ordonnance	9
3.3 Constitutionnalité.....	9
3.3.1 Remarques liminaires	9
3.3.2 Protection de la liberté économique	10
3.3.3 Protection des droits fondamentaux de la libre communication	11
3.3.4 Protection par la garantie de la liberté personnelle ?	11
3.3.5 Conclusion: constitutionnalité du blocage prévu par le projet	11
3.4 Appréciation de la proposition du Conseil fédéral	11
3.4.1 Effet préventif du blocage	12
3.4.2 Possibilités de contourner le blocage	12
3.4.3 Risques de blocage excessif	13
3.4.4 Effets du blocage sur la sécurité d'Internet	13
3.4.5 Risques pour les réseaux sociaux (Facebook).....	14
3.4.6 Blocage de sites Internet en tant que censure étatique	14
4 Alternatives au blocage proposé.....	15
4.1 Blocage des paiements	15
4.1.1 De quoi s'agit-il?	15
4.1.2 Que faut-il entendre par blocage des paiements dans le domaine des jeux d'argent ?	15
4.1.3 Le blocage des paiements dans le droit en vigueur	16
4.1.4 Droit comparé	17
4.1.5 Exemple de mise en œuvre juridique	17
4.1.6 Inefficacité partielle	21
4.1.7 Constitutionnalité	22
4.1.8 Appréciation	23

4.2 Association du blocage de sites Internet et du blocage des paiements	24
4.2.1 De quoi s'agit-il?	24
4.2.2 Constitutionnalité	24
4.2.3 Appréciation.....	24
4.3 Blocage du référencement sur les moteurs de recherche	24
4.3.1 De quoi s'agit-il?	24
4.3.2 Droit en vigueur et droit comparé	24
4.3.3 Efficacité	24
4.3.4 Constitutionnalité	25
4.3.5 Appréciation.....	25
4.4 Sanctions pénales pour les joueurs	25
4.4.1 De quoi s'agit-il ?	25
4.4.2 Exemple de norme.....	26
4.4.3 Appréciation.....	26
4.5 Autres propositions	27
4.5.1 Blocage de sites Internet sur une base volontaire	27
4.5.2 Publication d'une liste blanche, en lien avec un label	27
4.5.3 Publication d'une liste noire sans blocage subséquent	28
5 Conclusion.....	28

1 Introduction

La présente note traite de la mise en œuvre de la législation suisse sur les jeux d'argent dans le domaine des jeux en ligne. La Constitution ne prévoit pas un marché libre pour le domaine des jeux d'argent. En ce qui concerne les maisons de jeu, des concessions devront être octroyées, et pour ce qui est des jeux de grande envergure, les monopoles actuels seront maintenus. La nouvelle norme constitutionnelle prévoit explicitement à l'art. 106, al. 4, Cst. que cette conception s'applique non seulement aux jeux « en dur », mais également aux jeux en ligne. Sans une lutte efficace contre l'offre illégale de jeux, les buts de l'art. 106 Cst. et de la nouvelle loi fédérale sur les jeux d'argent (LJAr) ne pourront être atteints. Il serait aberrant de soumettre l'offre légale de jeux à des exigences sévères si les joueurs devaient pouvoir accéder librement à des offres illégales non régulées et donc plus attrayantes, du moins au premier abord.

Au cours des délibérations parlementaires, des divergences sont apparues quant aux mesures de mise en œuvre de la LJAr dans le domaine des jeux en ligne. Dans son message¹, le Conseil fédéral avait proposé de limiter l'accès aux offres de jeux en ligne non autorisées en Suisse par un blocage de sites Internet. Le Conseil des Etats et le Conseil national ont donné leur aval à cette conception, le premier sans discussion², le second après des débats nourris sur la nécessité de cette mesure et sur les alternatives possibles. La commission du Conseil national chargée de l'examen préalable avait ainsi refusé le blocage par 13 voix contre 12. Il a finalement été adopté au plénum à une nette majorité³.

La présente note réunit des informations préparées en vue des délibérations parlementaires et suite à des demandes des médias concernant le message relatif à la LJAr. Elle est aujourd'hui mise à la disposition d'un large public⁴.

¹ FF 2015 7627

² Voir BO 2016 E 457 s.

³ BO 2017 N 122 à 133. Le Conseil national a adopté le blocage de sites Internet par 135 voix contre 45 et 6 abstentions.

⁴ Le contenu de la présente note date de 2016. Elle ne mentionne pas la jurisprudence ni les publications intervenues à compter du 1^{er} janvier 2017.

Elle présente tout d'abord un état des lieux concernant le blocage de sites Internet en Suisse et à l'étranger. Elle commente ensuite le dispositif adopté par le Parlement et ses conséquences probables. Enfin, elle présente et évalue diverses variantes au blocage de sites qui ont été rejetées. Elle accorde une attention particulière à la constitutionnalité des différentes approches en discussion.

2 Contexte

2.1 Le droit en vigueur ne prévoit aucune limitation de l'accès aux offres de jeux d'argent non autorisées provenant de l'étranger

En vertu du droit en vigueur, on ne peut limiter l'accès aux offres de jeux d'argent non autorisées provenant de l'étranger. A l'heure actuelle, la plus grande partie du jeu illégal en Suisse se déroule sur des sites Internet établis et exploités à l'étranger. Le produit brut de ces jeux est considérable. Une étude conclut que la population suisse générera en 2017 un produit brut de plus de 250 millions de francs sur les sites étrangers de jeux d'argent en ligne. Les auteurs de l'étude s'attendent par ailleurs à une croissance annuelle de ce segment de marché de près de 14 %⁵.

La plupart des exploitants de jeux d'argent en ligne ont leur siège dans des pays tels que Gibraltar, Malte, ou encore Antigua et Barbuda. Le droit suisse ne s'applique pas à ces exploitants. Ceux-ci ne peuvent généralement pas être poursuivis pénallement en Suisse en l'absence de tout facteur de rattachement territorial. Dans la plupart des cas, en raison des exigences du principe de la double incrimination, il est d'ailleurs impossible d'obtenir l'entraide judiciaire. En outre, les exploitants de sites Internet illégaux sont souvent difficiles à identifier. Ces entraves à la poursuite pénale n'existent pas pour des sites de jeux d'argent en ligne hébergés en Suisse.

2.2 Seul exemple de blocage de sites Internet en Suisse: la lutte contre la pédopornographie

Actuellement, le seul exemple de blocage systématique de sites Internet en Suisse est celui pratiqué dans le domaine de la pédopornographie et de la pornographie dure par le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI) de l'Office fédéral de la police (fedpol). Ce blocage se fonde sur une convention conclue entre le SCOCI et les principaux fournisseurs d'accès Internet en Suisse: en d'autres termes, il repose sur une base volontaire.

La « liste noire » tenue par le SCOCI n'est pas publiée. Elle est chargée sur un serveur appartenant au SCOCI, auquel seuls les fournisseurs d'accès Internet ont accès. La transmission de la liste aux fournisseurs d'accès se fait de manière automatisée. Le blocage des sites à partir de la liste a lieu également de manière automatisée. La liste noire se présente sous la forme d'un document texte ; à chaque ligne correspond l'adresse d'une page Internet à bloquer. Les adresses figurant dans la liste sont les URL complètes des pages incriminées (par ex. www.xy.com/index.html). En fonction du système de blocage utilisé par le fournisseur d'accès, le blocage vise ensuite soit l'URL spécifique, soit tout le nom de domaine (dans notre exemple: xy.com)⁶.

⁵ Artur Baldauf / Thomas Brüsehaber, Abschätzung der finanziellen Auswirkungen des neuen Geldspielgesetzes, Berne avril 2015, p. II.

⁶ Autre exemple en matière de pédopornographie: le *Zugangsschwerungsgesetz* en Allemagne. En vigueur de début 2010 à fin 2011, cette loi allemande prévoyait pour les sites Internet montrant de la pornographie enfantine un dispositif de blocage similaire à celui utilisé par le SCOCI. Cette loi n'a cependant jamais été appliquée et a été abrogée fin 2011, avant tout pour des raisons politiques.

Les utilisateurs qui cherchent à accéder à une page bloquée sont déviés vers une page STOP.

Jusqu'à présent, le SCOCI n'a pas eu à faire face à des cas de blocage excessif (*overblocking*) qui auraient engagé sa responsabilité. Dans quelques cas isolés, les exploitants des sites concernés ont pris contact avec le SCOCI pour connaître le motif du blocage. Après avoir pris connaissance de celui-ci (présence d'un contenu pénalement répréhensible), les exploitants ont procédé volontairement à la suppression des contenus problématiques de leur site.

Le SCOCI juge l'efficacité du système de blocage bonne, dans la mesure où l'accès aux pages bloquées est rendu plus difficile. Un utilisateur ne peut pas arriver accidentellement sur un site qu'il préférerait ne pas voir. Cependant, l'accès n'est pas rendu totalement impossible pour un utilisateur voulant à tout prix accéder aux contenus bloqués.

2.3 Droit comparé

2.3.1 Remarque générale

Dans la plupart des systèmes étrangers, l'autorisation d'exploiter des jeux d'argent en ligne est donnée sous forme de licence ou d'agrément. En Suisse, on utilise le terme de concession (pour les casinos) ou d'autorisation (pour les jeux de grande envergure). Dans le cadre de la comparaison qui suit, on parlera d'autorisation, qui constitue le terme générique.

2.3.2 France

Jeux autorisés sur Internet: paris sportifs, paris hippiques, poker, certains types de loteries. Les jeux de casino autres que le poker ne sont pas autorisés sur Internet.

Système d'autorisation: pour les jeux de loterie, monopole de l'exploitant historique. Pour les paris sportifs, paris hippiques et poker, les exploitants doivent obtenir un agrément délivré par l'autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL).

Nombre d'exploitants titulaires d'une autorisation: en été 2015, 16 exploitants étaient titulaires de 30 agréments (un même exploitant peut avoir un agrément pour chacune des trois catégories de jeux).

Existence d'un système de blocage des sites de jeux non autorisés: oui, depuis 2010.

Description sommaire de la procédure de blocage: l'ARJEL envoie une mise en demeure à l'exploitant du site. Si celui-ci ne se met pas en conformité, le président de l'ARJEL peut saisir un juge afin que celui-ci ordonne aux hébergeurs et aux fournisseurs d'accès à Internet de bloquer l'accès au site illégal ayant refusé d'obtempérer⁷. Le blocage vise une ou plusieurs adresses de sites (URL) exploitées par un même exploitant.

Existence de listes noires ou blanches: la liste des sites bloqués n'est pas publiée. L'ARJEL publie une liste des exploitants agréés.

Existence d'autres mesures, alternatives ou complémentaires au blocage: la possibilité de bloquer les paiements est prévue par la loi de 2010, mais selon les informations fournies

⁷ Art. 61 de la loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

par l'ARJEL, l'instrument n'est pas efficace⁸. La loi de 2010 prévoit également une procédure pour filtrer les résultats des moteurs de recherche⁹, ainsi qu'un blocage de la publicité¹⁰.

Retour d'expérience et remarques: selon l'ARJEL, la procédure de blocage de sites Internet s'est révélée efficace, surtout par son effet prophylactique. Pour une grande part, les exploitants prennent des mesures suite à la mise en demeure de l'ARJEL et interdisent l'accès aux joueurs en France. En 2014, 2 436 sites se sont mis en conformité avant le prononcé de l'ordonnance de blocage. En d'autres termes, la menace de blocage est un levier efficace. L'ARJEL ne bloque que les sites Internet qui ne se mettent pas volontairement en conformité avec les prescriptions françaises. Le nombre de sites bloqués par ordonnance s'élève à 108. Le blocage des sites Internet peut cependant être contourné, tant par les joueurs (par exemple utilisation d'un VPN) que par les exploitants (changement du nom de domaine).

Les autres mesures (blocage des paiements, blocage de la publicité, blocage du référencement sur des moteurs de recherche) ont été peu utilisées jusqu'à présent, si bien qu'elles n'ont pas encore d'effet. Cela est dû, en ce qui concerne le blocage des paiements et le blocage du référencement, au manque de coopération des organismes concernés et à la difficulté d'identifier les prestataires de services de paiement concernés.

La campagne d'information menée en France en 2013 auprès des joueurs n'a jusqu'ici pas eu d'effets. Il ressort d'une enquête menée en 2015 auprès des joueurs que deux tiers des personnes interrogées ignoraient si elles jouaient sur des sites légaux ou illégaux¹¹.

2.3.3 Belgique

Jeux autorisés sur Internet: jeux de casino, y compris poker, paris sportifs et hippiques.

Système d'autorisation: seuls les exploitants disposant d'une licence dans le réseau physique peuvent se voir délivrer une licence pour opérer des jeux en ligne.

Nombre d'exploitants titulaires d'une autorisation: 9 casinos en ligne ; 21 exploitants de paris sportifs et hippiques.

Existence d'un système de blocage des sites de jeux non autorisés: oui, mais reposant sur une base volontaire (accord passé entre le régulateur et les fournisseurs d'accès Internet). Méthode utilisée: DNS blocking.

Existence de listes noires ou blanches: la liste noire des sites non autorisés est publiée.

Existence d'autres mesures, alternatives ou complémentaires au blocage: blocage des paiements reposant sur une base volontaire (accord passé entre le régulateur et l'association des établissements de crédits belges) et sanctions pénales pour les joueurs jouant sur les sites figurant sur la liste noire.

⁸ Art. L-563-2 du Code monétaire et financier: « ... en cas d'inexécution par l'opérateur intéressé de l'injonction de cesser son activité illicite d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard, le ministre chargé du budget peut, sur proposition de l'Autorité de régulation des jeux en ligne, décider d'interdire pour une durée de six mois renouvelable tout mouvement ou transfert de fonds en provenance ou à destination des comptes identifiés comme détenus par ces opérateurs ».

⁹ Art. 61: « ... Le président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut également saisir le président du tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir prescrire, en la forme des référés, toute mesure destinée à faire cesser le référencement du site d'un opérateur mentionné au deuxième alinéa du présent article par un moteur de recherche ou un annuaire ».

¹⁰ Art. 57 I: « ... Le président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut saisir le président du tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir ordonnée, en la forme des référés, toute mesure permettant la cessation de toute publicité en faveur d'un site de paris ou de jeux d'argent et de hasard non autorisé en vertu d'un droit exclusif ou de l'agrément prévu à l'article 21 ou en contravention avec le titre II du livre III du code de la sécurité intérieure ».

¹¹ Voir le rapport de l'ARJEL relatif à un colloque à Paris intitulé: « Régulation et offre illégale : pour une lutte à armes égales », p. 8 et 11 (<http://www.arjel.fr/IMG/pdf/synthese20160606.pdf>).

Retour d'expérience et remarques: la vocation principale de la liste noire publiée est d'informer les joueurs qu'ils se rendent punissables pénalement en jouant sur ces sites. Selon les renseignements fournis par l'autorité de surveillance belge, le blocage des sites Internet est efficace. En particulier, elle juge très positive son expérience avec la publication de la liste noire. Pour les exploitants sérieux, voir leur nom apparaître sur une liste noire est une atteinte à leur réputation. Pour cette raison, ils mettent en œuvre volontairement des mesures afin de ne pas figurer sur cette liste (par exemple le geo-blocking).

2.3.4 Danemark

Jeux autorisés sur Internet: jeux de casino (y compris poker), paris, loteries.

Système d'autorisation: pour les jeux de loterie, monopole. Pour les paris et jeux de casino, il faut être titulaire d'une licence.

Nombre d'exploitants titulaires d'une autorisation: 38 exploitants (toutes catégories de jeu confondues) détiennent 51 licences.

Existence d'un système de blocage des sites de jeux non autorisés: oui, depuis 2010¹².

Description sommaire de la procédure de blocage de sites Internet: lorsqu'un site de jeux cible le marché danois sans détenir de licence, l'autorité de régulation prend contact avec lui et le met en demeure de cesser son activité. Si l'exploitant n'obtempère pas, l'autorité de régulation peut demander au juge d'ordonner aux fournisseurs d'accès Internet de bloquer l'accès aux sites incriminés. Méthode utilisée: DNS blocking.

Existence de listes noires ou blanches: la liste noire des sites bloqués n'est apparemment pas publiée. L'autorité de régulation publie les listes des exploitants agréés.

Existence d'autres mesures, alternatives ou complémentaires au blocage: une procédure de blocage des paiements est prévue par la loi mais n'est pas encore mise en œuvre, les mesures techniques nécessaires n'ayant pas encore été édictées. Système de label pour les offres légales.

Retour d'expérience et remarques: 57 ordonnances de blocage ont été prononcées selon les derniers chiffres. Le blocage de sites Internet semble fonctionner. La possibilité de bloquer les paiements n'est pas utilisée pour le moment (voir ci-dessus).

2.3.5 Royaume-Uni

Jeux autorisés sur Internet: tous types de paris sportifs, paris hippiques, jeux de casino(y compris poker), tombolas et loteries.

Système d'autorisation: tout exploitant offrant des jeux en ligne doit obtenir une licence si une partie de l'équipement de jeu est située en Grande-Bretagne ou s'il conclut une transaction avec un joueur en Grande-Bretagne ou fait de la publicité à destination des joueurs en Grande-Bretagne (système de licence fondé sur le lieu de consommation).

Nombre d'exploitants titulaires d'une licence: 749 licences délivrées (au 31 mars 2016), mais ce nombre inclut les licences pour des logiciels. 182 exploitants ont une licence pour l'exploitation de jeux d'argent en ligne.

Existence d'un système de blocage des sites de jeux non autorisés: non.

Existence de listes noires ou blanches: non.

¹² Section 65 Gambling Act.

Existence d'autres mesures, alternatives ou complémentaires au blocage: procédure de blocage des paiements fonctionnant sur une base volontaire (accord entre l'autorité de régulation et les fournisseurs de moyens de paiement). Des accords ont également été conclus avec les moteurs de recherche et les réseaux sociaux, pour empêcher la diffusion de publicité pour des offres illégales. Ces mesures fonctionnent aussi sur une base volontaire.

Retour d'expérience et remarques: selon les retours dont nous disposons, le système fonctionne à satisfaction, y compris le blocage des paiements.

2.3.6 Liste des pays européens connaissant le blocage de sites Internet et/ou le blocage des paiements dans le domaine des jeux d'argent

Pays	Blocages d'accès Internet	Blocages de transactions financières	Incrimination des joueurs
Allemagne (Schleswig-Holstein) ¹³		X (prévu dans le Traité des Länder mais non mis en œuvre)	X
Autriche			X
Belgique	X (sur une base volontaire)	X (sur une base volontaire)	X
Bulgarie	X		X
Chypre	X	X (non mis en œuvre)	X
Danemark	X	X (non mis en œuvre)	
Espagne	X	X	
Estonie	X	X	
France	X	X	
Grèce	X	X	X
Hongrie	X	interdiction faite aux institutions financières de collaborer à la fourniture d'une offre illégale	
Italie	X		
Lettonie	X	X	
Lituanie	X	X	
Pays-Bas		X (sur une base volontaire)	X
Pologne		X	X

¹³ En Allemagne, l'ouverture du marché aux jeux en ligne n'a été mise en œuvre que dans le seul Land du Schleswig-Holstein.

Pays	Blocages d'accès Internet	Blocages de transactions financières	Incrimination des joueurs
Portugal	X		
République Tchèque	X		
Roumanie	X (pas d'obligation pour les FAI)	X (pas de blocage mais les organismes financiers doivent être titulaires d'une licence)	
Royaume-Uni		X (sur une base volontaire)	
Slovénie	X	X	X

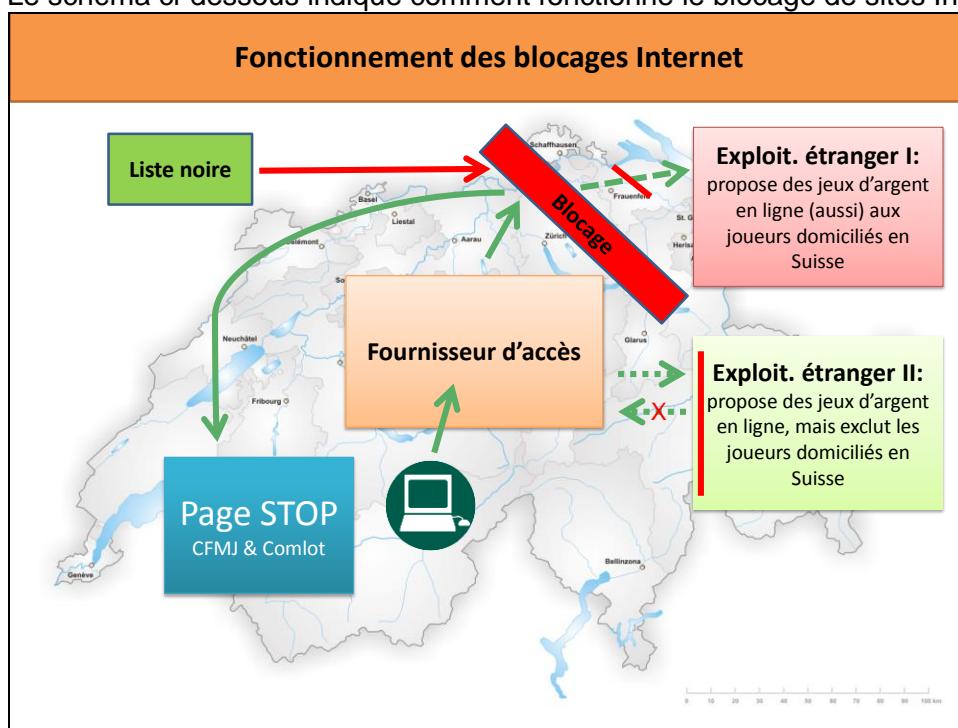
Les pays qui ne figurent pas dans le tableau ci-dessus ne connaissent ni le blocage de sites Internet, ni le blocage des paiements.

3 Mesures prévues pour limiter l'accès aux offres de jeux en ligne non autorisées en Suisse

3.1 Mise en œuvre au niveau de la loi

Les mesures de restriction de l'accès aux offres de jeux d'argent en ligne non autorisées en Suisse figurent au chapitre 7 du projet de loi, aux art. 84 à 90.

Le schéma ci-dessous indique comment fonctionne le blocage de sites Internet.



La Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) et l'autorité intercantonale établissent chacune une « liste noire » des sites Internet de jeux non autorisés en Suisse, qui sera publiée sur le site Internet de l'autorité et dans la Feuille fédérale. Avant d'ajouter le nom d'un

site à la liste, elles informent l'exploitant concerné que son offre de jeu n'est pas autorisée en Suisse. Elles l'invitent à se mettre en conformité à la loi dans un certain délai, notamment en rendant l'accès à son site impossible pour des joueurs en Suisse. En l'absence de réaction de l'exploitant dans le délai imparti, son site Internet sera ajouté à la liste noire.

Les listes noires, ainsi que leurs mises à jour, sont communiquées aux fournisseurs d'accès Internet sous une forme électronique leur permettant de bloquer automatiquement l'accès à ces sites.

Une fois un site bloqué, l'utilisateur qui tente d'y accéder depuis la Suisse voit apparaître sur son écran une « page STOP », lui indiquant que le contenu auquel il tente d'accéder n'est pas autorisé en Suisse, et qu'il est bloqué sur injonction des autorités compétentes. Il est également envisagé que cette « page STOP » contienne des liens directs vers des offres autorisées en Suisse.

La procédure de blocage prévue est simple et rapide. Elle n'impose pas, comme dans d'autres pays, le passage devant un tribunal, ce qui la rend plus flexible et réactive. Le projet garantit une procédure de recours ordinaire contre les décisions de blocage.

Le Conseil national a intégré une disposition dans la loi prévoyant l'indemnisation des fournisseurs de services de télécommunication. Selon cette même disposition, ces derniers peuvent provisoirement s'abstenir de mettre en œuvre les mesures si celles-ci ont un effet négatif sur la qualité du réseau.

3.2 Mise en œuvre possible au niveau de l'ordonnance

Les détails techniques concernant le contenu exact des listes noires et la technique de blocage ne sont pas réglés par la loi, afin de pouvoir s'adapter au progrès technique de manière simple et rapide.

En l'état actuel des connaissances, le système devrait fonctionner de la manière suivante: les listes noires établies par les autorités contiendront les noms de domaine des sites concernés.

A titre d'exemple, ci-après un extrait de la liste belge, qui fonctionne sur la même base:

Site illégal	Date décision	Publié au Moniteur belge
www.myglobalgames.com	Décision CJH d.d. 8/02/2012	Publié le 16/02/2012
www.bingo-round.com	Décision CJH d.d. 8/02/2012	Publié le 16/02/2012
www.titanpoker.com	Décision CJH d.d. 8/02/2012	Publié le 16/02/2012
...

En ce qui concerne les moyens techniques du blocage, ceux-ci devront être réglés en accord avec les fournisseurs d'accès Internet. Il résulte des premières discussions menées à ce sujet que le système privilégié à l'heure actuelle sera celui du blocage de DNS, sans blocage complémentaire de l'adresse IP de l'hébergeur du site Internet visé.

3.3 Constitutionnalité

3.3.1 Remarques liminaires

L'examen de la constitutionnalité du blocage de sites Internet implique de se demander si ce blocage porte atteinte à des droits fondamentaux.

Il est en effet susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la libre communication (liberté d'opinion et d'information, liberté des médias) des exploitants de sites Internet et des utilisateurs de ces sites¹⁴, ainsi qu'à la liberté économique des exploitants et des fournisseurs d'accès à Internet.

Toutefois, ni le Tribunal fédéral, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont encore examiné la compatibilité entre le blocage de sites Internet offrant des jeux d'argent en ligne et les droits fondamentaux. En revanche, quelques arrêts ont été rendus au sujet du blocage de sites Internet dans d'autres domaines que celui des jeux d'argent. Il ressort de ces arrêts que le blocage de sites Internet peut être compatible avec les droits fondamentaux à condition qu'il soit prévu par une base légale, soit justifié par un intérêt public et respecte le principe de proportionnalité¹⁵. Tel n'est notamment pas le cas lorsqu'un blocage vise également des contenus légaux (blocage excessif ou *overblocking*)¹⁶.

Le Conseil constitutionnel français a confirmé la constitutionnalité de la loi française qui prévoit le blocage de sites Internet et des paiements¹⁷.

En ce qui concerne l'exigence d'une base légale, on notera que les blocages qui ne sont pas prévus par la loi et qui se fondent donc uniquement sur la coopération volontaire des fournisseurs d'accès Internet sont particulièrement problématiques. Dans une communication de 2014, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a d'ailleurs jugé un tel dispositif particulièrement douteux du point de vue des droits fondamentaux, dans la mesure où il n'est prévu par aucune base légale. Du reste, le blocage sans base légale sera interdit dans l'UE dès 2017¹⁸.

3.3.2 Protection de la liberté économique

Le blocage de sites Internet est susceptible de constituer une atteinte à la liberté économique, garantie aux art. 27 et 94 Cst. Dans la mesure où il s'agit de la liberté économique des exploitants de sites Internet, il faut rappeler que le marché des jeux de casino en Suisse n'est pas un marché libre¹⁹. La Constitution elle-même le soustrait à la libre concurrence en prévoyant un système de concession. En parallèle, le marché des jeux de grande envergure est également soumis à un monopole des exploitants historiques.

Les exploitants qui ne disposent pas d'une concession pour l'exploitation de jeux de casino en ligne ou d'une autorisation pour l'exploitation de jeux de grande envergure ne peuvent donc pas se prévaloir de la liberté économique pour offrir leurs jeux en Suisse.

Le blocage des sites de jeux d'argent en ligne restreint néanmoins la liberté économique des fournisseurs d'accès Internet puisqu'il empêche ceux-ci d'exercer librement leur activité économique lucrative privée.

¹⁴ Voir notamment dans ce sens l'arrêt de la Cour EDH Yıldırım c. Turquie du 18 décembre 2012.

¹⁵ Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_294/2014, cons. 4.3; voir, dans le même sens, l'arrêt du Tribunal pénal fédéral, BV_2004_26, consid. 2, à propos du blocage de sites Internet faisant de la publicité et de la vente non autorisées pour des médicaments; dans cet arrêt, la Cour des plaintes conclut notamment que le blocage ne constitue pas une mesure disproportionnée dans la mesure où l'autorité aurait pu physiquement confisquer les serveurs, ce qui aurait constitué une mesure bien plus invasive

¹⁶ Arrêt de la Cour EDH Yıldırım c. Turquie, du 18 décembre 2012; dans le même sens, Oberlandsgericht Hamburg, arrêt du 21.11.2013.

¹⁷ Loi n°2010-476 du 12 mai 2010. Décision du Conseil constitutionnel N° 2010-605 DC du 12 mai 2010.

¹⁸ Règlement UE sur l'accès à un Internet ouvert, règlement (EU) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_61/2008 du 28 juillet 2008, consid. 1.3.2: il n'y a pas de libre concurrence entre les maisons de jeu. L'activité économique privée dans le domaine des maisons de jeu se déroule dans le cadre d'un système échappant à la liberté économique (voir l'art. 94, al. 4, Cst., et l'ATF 130 I 26, consid. 4.5).

3.3.3 Protection des droits fondamentaux de la libre communication

Il s'agit d'étudier si le blocage des sites de jeux d'argent en ligne porte atteinte aux biens protégés par les droits fondamentaux de la libre communication. La réponse est clairement non. Ces droits garantissent à toute personne de former, d'exprimer et de répandre son opinion, de même que de recevoir des informations, d'y avoir accès et de les diffuser par le biais des moyens de communication de masse.

La possibilité de jouer de l'argent n'entre pas dans la sphère protégée par les droits fondamentaux de la libre communication. En effet, les jeux d'argent n'ont aucun lien avec la formation, l'expression et la diffusion d'opinions, qu'ils aient lieu en ligne ou non. Or la protection constitutionnelle d'une activité existe indépendamment du fait que l'activité en question soit exercée dans le « monde réel » ou dans le « monde virtuel ». Pour Internet, les droits fondamentaux de la libre communication ne s'appliquent que là où ce support sert à la formation et à l'expression de l'opinion.

3.3.4 Protection par la garantie de la liberté personnelle ?

En vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liberté personnelle garantit toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine²⁰. Selon la pratique du Tribunal, la possibilité de jouer de l'argent sur des automates n'en fait pas partie et n'est par conséquent pas garantie par la liberté personnelle²¹. L'expertise Thouvenin/Stiller ne tient pas compte de ce contexte juridique²².

3.3.5 Conclusion: constitutionnalité du blocage prévu par le projet

Le blocage des sites de jeux d'argent en ligne non autorisés porte uniquement atteinte à la liberté économique des fournisseurs d'accès Internet. Toute restriction de la liberté économique doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 36 Cst.). Les dispositions prévues au chap. 7 fournissent une base légale suffisante. L'intérêt public visé est la protection de la santé publique et la prévention d'infractions (blanchiment d'argent, escroquerie). La proportionnalité est elle aussi respectée, étant donné que le blocage n'occasionne pas au fournisseur d'accès des coûts excessifs, ni en temps ni en argent²³.

Par ailleurs, la procédure prévue permet de respecter les droits de procédure des fournisseurs d'accès Internet et des exploitants de sites Internet de jeux (droit d'être entendu, garantie d'accès à un juge).

3.4 Appréciation de la proposition du Conseil fédéral

Le présent chapitre est consacré à l'appréciation de la mesure proposée. On y accordera une attention particulière aux critiques formulées à l'égard du blocage de sites Internet. La conclusion proprement dite figure à la fin de la présente note, au ch. 5.

²⁰ Voir parmi de nombreux autres l'ATF 127 I 6, consid. 5a, p. 12 et ATF 133 I 110, consid. 5.2, p. 119.

²¹ ATF 101 Ia 336, consid. 7b, p. 347; voir également ATF 120 Ia 126, consid. 7c, p. 146.

²² Florent Thouvenin/Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperrungen, Zurich 16 septembre 2016, p. 16. Sans motif ni confrontation avec la doctrine et la jurisprudence, les experts partent du principe que le blocage de sites Internet peut affecter la liberté personnelle des utilisateurs d'Internet, de même que la liberté économique des exploitants des sites Internet et des fournisseurs d'accès.

²³ Felix Uhlman et Beat Stadler, dans un avis de droit non publié du 22 décembre 2016 intitulé « Gutachten zuhanden Allianz gegen Internetpiraterie und IFPI Schweiz betreffend Verhältnismässigkeit von Zugangssperren » (p. 17), parviennent eux aussi à la conclusion que le blocage proposé par le Conseil fédéral est conforme à la Constitution. A contrario, Thouvenin/Stiller jugent le blocage problématique du point de vue constitutionnel en regard de sa faible utilité. Florent Thouvenin/Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperrungen, Zurich 16 septembre 2016, p. 18.

3.4.1 Effet préventif du blocage

Si l'on se fonde sur les retours d'expérience faits en France, les mises en demeure adressées aux exploitants des sites de jeux sur Internet avant le lancement d'une procédure de blocage permettent déjà, dans la majorité des cas, d'obtenir des résultats²⁴. En effet, la plupart des exploitants ne souhaitent pas opérer dans l'illégalité, et mettent alors en place des mécanismes permettant d'exclure les joueurs provenant du pays concerné. Un moyen pour ce faire est le blocage géographique (geo-blocking), qui consiste à empêcher l'accès au site en se fondant sur l'adresse géographique du fournisseur d'accès Internet qui a loué l'adresse IP à son client ou sur d'autres moyens de géolocalisation. Une autre forme de blocage par l'exploitant consiste à empêcher la création d'un compte de joueur par les joueurs ayant indiqué comme adresse de domicile ou de paiement une adresse dans la zone géographique exclue.

En fin de compte, il ne devrait donc être nécessaire de recourir au blocage via les fournisseurs d'accès Internet que pour les exploitants qui *ont l'intention* d'opérer dans l'illégalité.

3.4.2 Possibilités de contourner le blocage

Il est vrai que les moyens de contourner le blocage existent et sont relativement aisés à mettre en œuvre pour un consommateur qui cherche absolument à accéder à un site précis, par exemple un joueur de poker qui tient absolument à jouer sur son site habituel. Ce consommateur pourra par exemple se connecter au moyen d'un réseau VPN (réseau virtuel privé, ou *virtual private network*), qui permet de contourner le blocage par les fournisseurs d'accès Internet. La mise en place d'une connexion VPN nécessite cependant quelques opérations. Le navigateur « Opera » propose certes le VPN directement comme option standard, mais il ne fait pas partie des navigateurs standards installés sur la plupart des PC. Il faut donc commencer par installer « Opera », ce qui nécessite aussi quelques manipulations.

Un autre moyen de rendre l'origine d'une connexion anonyme est l'utilisation du « réseau Tor » ; néanmoins, la baisse de qualité de la connexion entre le joueur et le site qui en découle en fait un instrument peu praticable dans le domaine des jeux d'argent.

Enfin, il est aussi possible de contourner le blocage du nom de domaine en changeant de serveur DNS. Ce serveur est généralement situé chez le fournisseur d'accès Internet, mais il est possible d'en changer, moyennant quelques clics. Là également, cela suppose une bonne compréhension du fonctionnement d'Internet et quelques manipulations.

Le fait que les joueurs puissent contourner le blocage peut également être un argument **en faveur** de la proportionnalité du blocage proposé. Il convient d'admettre en principe que les joueurs recherchent en premier lieu des offres attrayantes tout en se conformant au droit. Le blocage mène les joueurs sur une page STOP qui les informe de l'illégalité du site choisi. La plupart du temps, ils ne réaliseront qu'à cet instant que le site comporte une offre illégale, et ils joueront sur des sites autorisés. Si un utilisateur veut absolument recourir à une offre illégale, s'il est techniquement en mesure de contourner le blocage et s'il est prêt à y consacrer de l'énergie, d'autres mesures étatiques ne l'en dissuaderont pas. Dans la pratique, ce qui apparaît à première vue, sur le plan technique, comme un blocage de sites Internet doit plutôt être compris comme un avertissement ou une sorte d'obstacle que l'on peut franchir si l'on veut recourir à des offres illégales. Toutefois, comme on peut attendre de la majorité des joueurs qu'ils se conformeront au droit, la mesure déployera les effets souhaités sans qu'une application rigide et disproportionnée ne s'impose.

²⁴ Pour plus de détails, voir ch. 2.3.2.

On peut donc en conclure que si les blocages peuvent être assez facilement contournés, ils déployeront néanmoins leurs effets auprès de l'utilisateur moyen, ce que confirme également l'expertise Thouvenin/Stiller²⁵. De facto, les blocages sont des avertissements qui attirent l'attention des joueurs sur le caractère illégal du jeu choisi et qui les dissuadent généralement de recourir aux offres illégales. Les blocages devraient plus particulièrement dissuader les nouveaux joueurs et ceux qui n'ont encore que peu d'expérience en matière de jeux d'argent.

3.4.3 Risques de blocage excessif

Avec la technique prévue, fondée sur le blocage du nom de domaine (blocage DNS), les risques de blocage excessif (*overblocking*) sont faibles²⁶, car on ne bloque qu'un seul domaine (par exemple www.xxxgames.com) ; ils sont un peu plus importants avec le blocage de l'adresse IP du destinataire, car plusieurs noms de domaine comme www.xxxgames.com et www.xxxmarket.fr peuvent résider sous une même adresse IP. Ces risques peuvent cependant être minimisés en ciblant le plus possible la requête de blocage. Les expériences faites à l'étranger le montrent: alors que ces techniques de blocage sont largement répandues (voir le ch. 2.3), peu de cas de blocages excessifs ont été constatés. En Suisse, l'activité du SCOCI n'a pas non plus suscité de blocage excessif.

3.4.4 Effets du blocage sur la sécurité d'Internet

Les opposants au blocage affirment qu'il menacerait la sécurité d'Internet.

Les mesures en elles-mêmes ne rendent pas Internet moins sûr. Mais les réactions des joueurs auxquelles on peut s'attendre face au blocage prévu peuvent avoir des conséquences indésirables. Les joueurs qui entendent contourner le blocage recourront à des moyens tels les VPN, les services proxy et les serveurs DNS alternatifs. S'ils le font, ils offrent aux fournisseurs de ces services proxy ou VPN certaines possibilités d'abus, par exemple celles de prendre connaissance de mots de passe, d'envoyer des logiciels malveillants aux joueurs, d'ajouter de la publicité ou de retransmettre la communication à d'autres offres de jeux d'argent que celle choisie par l'utilisateur. De plus, lorsque les joueurs utilisent les serveurs DNS d'autres fournisseurs, les filtres des serveurs DNS de leur fournisseur d'accès deviennent inopérants.

On prétend quelquefois que les blocages obligeraient les fournisseurs de services Internet à « falsifier des paquets de données »²⁷. Qu'entend-on par là ? La page STOP des autorités détourne les demandes des utilisateurs, qui obtiennent un résultat différent de celui qu'ils ont sollicité de leur fournisseur d'accès. La notion de « falsification » se réfère ainsi à une modification de la demande par le fournisseur d'accès, résultant de la retransmission. On prétend également que la retransmission (« la falsification de paquets de données ») menace la sécurité d'Internet, ce qui se réfère à une technologie portant le nom de DNSSEC. L'effet principal de cette dernière est que l'information fournie par le « bottin Internet » quant à l'adresse IP liée à un nom de domaine ne peut être clandestinement falsifiée. Cette technologie sert notamment à contrer les agissements de criminels qui cherchent à détourner les utilisateurs

²⁵ Florent Thouvenin/Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperren, Zurich 16 septembre 2016, pp. 14 s.

²⁶ Thouvenin/Stiller jugent également les risques de blocage excessif « relativement faibles ». Florent Thouvenin/Burkhard Stiller, Gutachten Netzsperren, Zurich 16 septembre 2016, pp. 16 s.

²⁷ Voir l'avis de Swico à l'intention de la CAJ-N du 23 juin 2016.

http://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi12LaU_IzTAhXIDMAKH-bRzALcQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.swico.ch%2Fdownloads%2Fdokumente%2Fswico-position-und-hintergrund-informationen-zu-netzsperrenpdf%2F4079&usg=AFQjCNFif7FEWqZFSVkrnvwjdrsOxDxEdw (dernière consultation le 5 avril 2017).

vers de faux sites bancaires. Si l'on recourt au DNSSEC, les utilisateurs reçoivent des messages d'erreur lorsque leur fournisseur de services Internet envoie l'adresse IP d'une page STOP au lieu de l'adresse IP du serveur accessible sous le nom de domaine adressé. L'introduction du blocage de sites affaiblira dans la pratique le DNSSEC en raison de la multiplication des messages d'erreur. On relèvera toutefois que la technologie DNSSEC date déjà d'une vingtaine d'années et qu'elle n'a jusqu'ici pas réussi à s'imposer.

Dans l'ensemble, les répercussions négatives du blocage ou de son contournement sur la sécurité d'Internet sont jugées plutôt modestes.

3.4.5 Risques pour les réseaux sociaux (Facebook)

Un souci fréquemment exprimé est que le blocage de sites Internet prévu dans le projet de loi ait pour conséquence le blocage de réseaux sociaux populaires tels que Facebook.

Cette crainte est infondée. Pour qu'un tel blocage ait lieu, il faudrait tout d'abord que ces sites proposent des jeux qui répondent à la définition des jeux d'argent au sens du projet. Si de tels jeux d'argent étaient proposés à l'avenir via les réseaux sociaux, ils le seraient via une adresse Internet séparée, comme c'est le cas pour les jeux d'amusement actuellement proposés (par exemple www.facebook.com/xyz-games). En ciblant la requête de blocage, cette adresse pourrait être bloquée sans que l'ensemble du réseau social le soit également. Il n'y aurait donc pas de risque que Facebook dans son ensemble soit bloqué même si le réseau social offrait lui-même en Suisse des jeux d'argent illégaux.

3.4.6 Blocage de sites Internet en tant que censure étatique

Certains comparent le blocage de sites proposé par le Conseil fédéral aux mesures de censure des régimes totalitaires²⁸. Que faut-il en penser ?

Le blocage prévu ne relève pas de la censure. L'Etat est tenu de lutter contre les offres de jeux d'argent illégales indépendamment du fait qu'elles soient accessibles sur Internet ou ailleurs. Les joueurs sont ainsi protégés des offres incontrôlées et des dangers afférents.

Par leurs mesures de blocage de sites Internet, des Etats tels que la Chine poursuivent d'autres buts par d'autres moyens. Dans ces cas de figure, l'objectif principal est de contrôler les contenus diffusés. Les interventions visent dès lors à empêcher la libre communication et à rendre inaccessibles des contenus politiquement indésirables. A titre d'illustration, on peut citer le rapport de l'ONG Freedom House relatif à la liberté sur Internet en 2016²⁹, dans lequel l'organisation évalue la liberté sur Internet dans divers Etats. Les critères appliqués se réfèrent toujours à l'interdiction de contenus politiques, sociaux ou religieux. Le commerce électronique n'est pas analysé ou alors seulement marginalement. Par exemple, dans le rapport annuel consacré à la France³⁰, le blocage de sites Internet dans le domaine des jeux d'argent n'est pas évoqué du tout. En revanche, on y trouve les mesures de la France visant les contenus pédopornographiques et terroristes. Dans l'ensemble, l'Internet en France est jugé libre. En queue du classement, on trouve la Chine qui, selon le rapport, bloque des médias sociaux, surveille Internet, interdit des contenus jugés indésirables, manipule des discussions en ligne, arrête, agresse, voire tue des blogueurs et d'autres utilisateurs en raison des contenus qu'ils diffusent. Tous les critères utilisés par l'ONG témoignent de ce qu'elle

²⁸ Voir les interventions des conseillers nationaux Mauro Tuena et Franz Grüter (BO 2017 N 123) et l'avis de la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga à ce sujet (BO 2017 N 128).

²⁹ Freedom House, Freedom on the net 2016, novembre 2016 (<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2016>).

³⁰ Freedom House, Freedom on the net 2016, rapport par pays: France, novembre 2016 (<https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN%202016%20France.pdf>).

entend par liberté sur Internet: il s'agit finalement de la garantie d'une communication libre et ouverte.

Le blocage proposé ne vise pas des contenus déterminés, raison pour laquelle il n'affecte pas la sphère protégée par les droits fondamentaux de la libre communication (voir le ch. 3.3.3), et encore moins l'essence même de ces droits: l'art. 17, al. 2, Cst. dispose explicitement que la censure est interdite. S'ajoute à cela que l'accès à des sites illégaux du point de vue de la LJAr n'est pas combattu par tous les moyens. De fait, le blocage déploie l'effet d'un avertissement et constitue une sorte de barrière entravant l'accès aux offres illégales. Moyennant certains efforts, l'accès reste néanmoins possible et quiconque y parvient n'en est pas poursuivi pour autant.

4 Alternatives au blocage proposé

4.1 Blocage des paiements

4.1.1 De quoi s'agit-il?

Le blocage des paiements effectués entre des personnes jouant depuis la Suisse et les sites non autorisés est une alternative au blocage de ces sites. Un exemple de norme permettant la mise en œuvre de cette alternative figure au ch. 4.1.5.

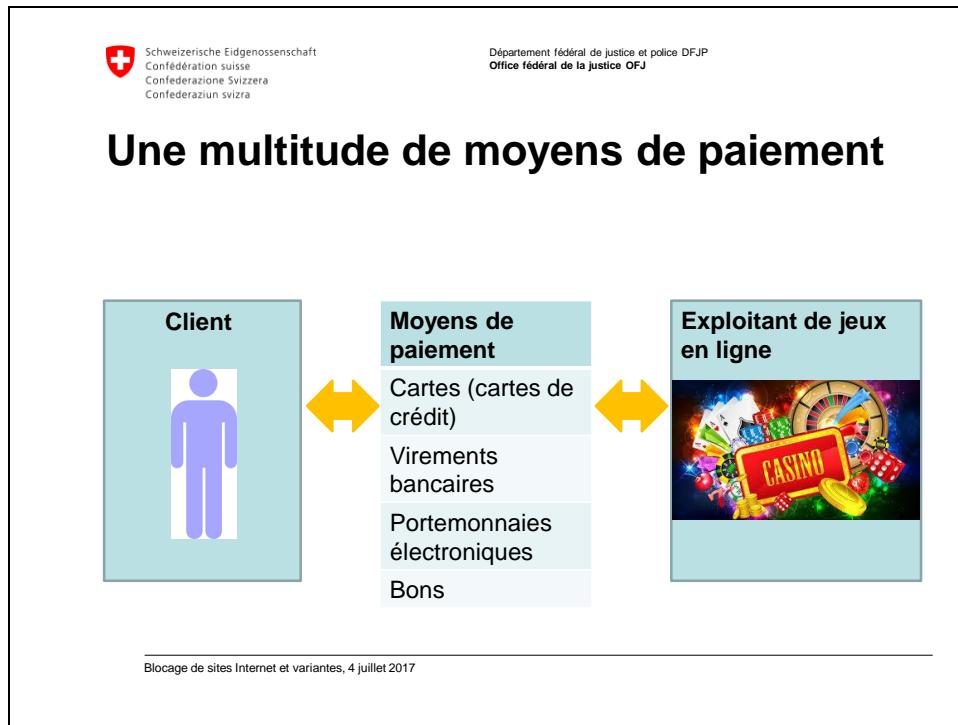
4.1.2 Que faut-il entendre par blocage des paiements dans le domaine des jeux d'argent ?

Le blocage des paiements a pour but d'empêcher les flux monétaires entre les personnes jouant depuis la Suisse et les exploitants de jeux d'argent étrangers.

Ces paiements prennent différentes formes dans la pratique, mais pour simplifier, il est possible de distinguer trois catégories en fonction des méthodes et des moyens de paiement:

- 1.) paiements au moyen d'une carte utilisable sur Internet (crédit, débit, carte à prépaiement),
- 2.) virements bancaires (ou services d'initiation de paiements),
- 3.) portemonnaies électroniques (par ex. Paypal, Skrill, Neteller) ou bons (par ex. Paysafecard)³¹.

³¹ Voir Cornelia Stengel / Thomas Weber, Digitale und mobile Zahlungssysteme, Zurich 2016 pour des informations plus détaillées et d'actualité.



4.1.3 Le blocage des paiements dans le droit en vigueur

Il n'existe pas en droit suisse de blocage des paiements dans le domaine des jeux d'argent.

Il y a par contre un mécanisme de blocage pour assurer la mise en œuvre des sanctions internationales reposant sur des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. La loi fédérale du 22 mars 2002 sur les embargos (LEmb)³² prévoit que si des sanctions internationales ont été prononcées, la Confédération peut prendre notamment des mesures de restriction du trafic des paiements et des capitaux (art. 1 LEmb). La compétence d'édicter ces mesures est déléguée au Conseil fédéral (art. 2 LEmb). Sur cette base, le Conseil fédéral a édicté une vingtaine d'ordonnances, concernant chacune un pays en particulier. Pour un exemple récent, on mentionnera l'ordonnance du 8 juin 2012 instituant des mesures à l'encontre de la Syrie³³. Ces ordonnances prévoient généralement le gel des avoirs et ressources économiques de personnes physiques, entreprises et autres entités liées au pays en question, ainsi que le gel du transfert d'avoirs à destination de ces personnes. La liste des personnes concernées figure dans une annexe à l'ordonnance.

Les institutions financières ont l'obligation de geler les avoirs qu'elles détiennent et de les déclarer au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco). Elles ont également l'obligation de bloquer les transactions en provenance ou à destination des personnes mentionnées dans les annexes, même si celles-ci ne détiennent pas de compte en Suisse.

Le blocage des paiements figure également dans la loi sur le blanchiment d'argent et les ordonnances ayant trait aux personnes politiquement exposées.

³² RS 946.231

³³ RS 946.231.172.7

4.1.4 Droit comparé

De nombreux pays européens ont adopté des bases légales dans le but de bloquer les paiements dans le domaine des jeux d'argent (voir le tableau au ch. 2.3.6). Selon les appréciations de la CFMJ et de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), les expériences faites en la matière à l'étranger ne sont pas satisfaisantes. La mise en œuvre du blocage est volontaire en Belgique, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, avec des effets visiblement variables. Alors qu'on lui attribue des effets considérables au Royaume-Uni, le blocage est qualifié de très peu efficace en Belgique et aux Pays-Bas. Il n'est pas appliqué dans d'autres Etats qui l'ont institué³⁴.

4.1.5 Exemple de mise en œuvre juridique

4.1.5.1 Introduction

Le blocage des paiements représenterait une atteinte considérable aux droits fondamentaux des entreprises suisses chargées de la mise en œuvre. Il serait par conséquent indispensable de faire figurer les points principaux de la réglementation dans la loi sur les jeux d'argent elle-même. Les normes devraient refléter la variété des méthodes de paiement.

Nous présentons ci-dessous une mise en œuvre possible de la variante « blocage des paiements ». Notre exemple de dispositions se répartit sur trois sections: la première comporte des dispositions générales, la deuxième régit le blocage des paiements effectués par carte et la troisième régit le blocage des paiements effectués au moyen de virements bancaires.

4.1.5.2 Dispositions générales et principe

L'art. 90a consacre le principe selon lequel les paiements entre des joueurs en Suisse et des exploitants de jeux d'argent situés à l'étranger sont interdits, quels que soient la méthode ou le moyen employés. Les sections 2 et 3 précisent la signification de ce principe pour deux domaines.

L'obligation de blocage inscrite à l'art. 90a s'adresse à toutes les personnes morales qui fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements et qui sont assujetties au droit suisse. L'art. 90c énonce la compétence de la FINMA de surveiller la mise en œuvre du blocage. C'est donc à elle, et non aux autorités de surveillance du domaine des jeux d'argent (CFMJ, autorité intercantionale, autorités cantonales de surveillance), qu'il reviendrait de surveiller les personnes qui, en vertu de l'art. 90a, al. 3, sont tenues d'empêcher les paiements.

4.1.5.3 Blocage des paiements par carte de crédit et autres cartes

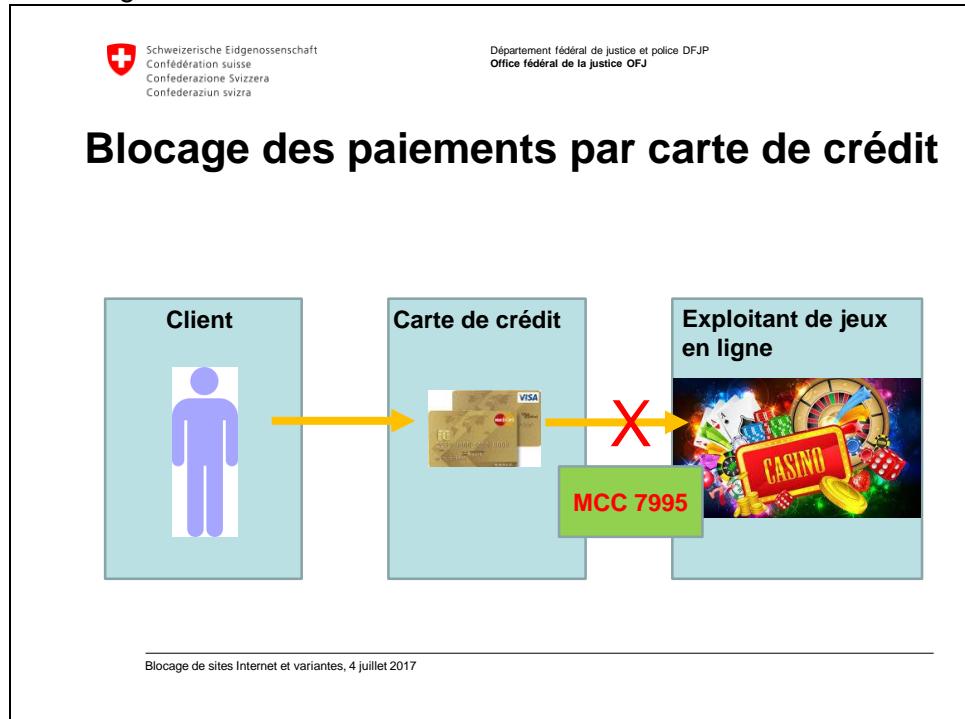
Ce type de blocage est réglé à l'art. 90d.

Les sociétés internationales de cartes de paiement (par ex. Mastercard et Visa) classent les commerçants en fonction des champs de données suivants:

- le Merchant Category Code (ou code MCC) fournit des informations sur la branche d'activité; la branche des jeux d'argent a son propre code (n° 7995);
- le Merchant ID attribue un numéro d'identification unique à chaque commerçant;
- le pays dans lequel est domicilié le commerçant a également un code.

³⁴ Pour une courte introduction, voir Matthias Spitz / Jessica Maier, Tracing the money. An overview of payment blocking efforts in Europe, European Gaming Lawyer 2015, pp. 22 ss.

Le blocage fonctionnerait de la manière suivante:



L'émetteur suisse de la carte de crédit n'effectuerait en principe pas les paiements munis du code MCC du domaine des jeux d'argent. Les joueurs en Suisse qui souhaiteraient placer un avoir sur leur compte de joueur auprès d'un exploitant de jeux d'argent étranger ne pourraient pas le faire. Leur paiement ne serait pas effectué, sans plus d'explications. Le paiement ne serait par contre pas bloqué si l'exploitant du jeu d'argent en question est autorisé en Suisse.

Dans le domaine des paiements par cartes de crédit, la tenue de listes noires est en soi superflue. Des décisions au cas par cas n'ont pas à être rendues et notifiées. Il suffit d'une interdiction abstraite des transactions. Par voie de conséquence, il n'est pas nécessaire non plus de prévoir des voies de droit.

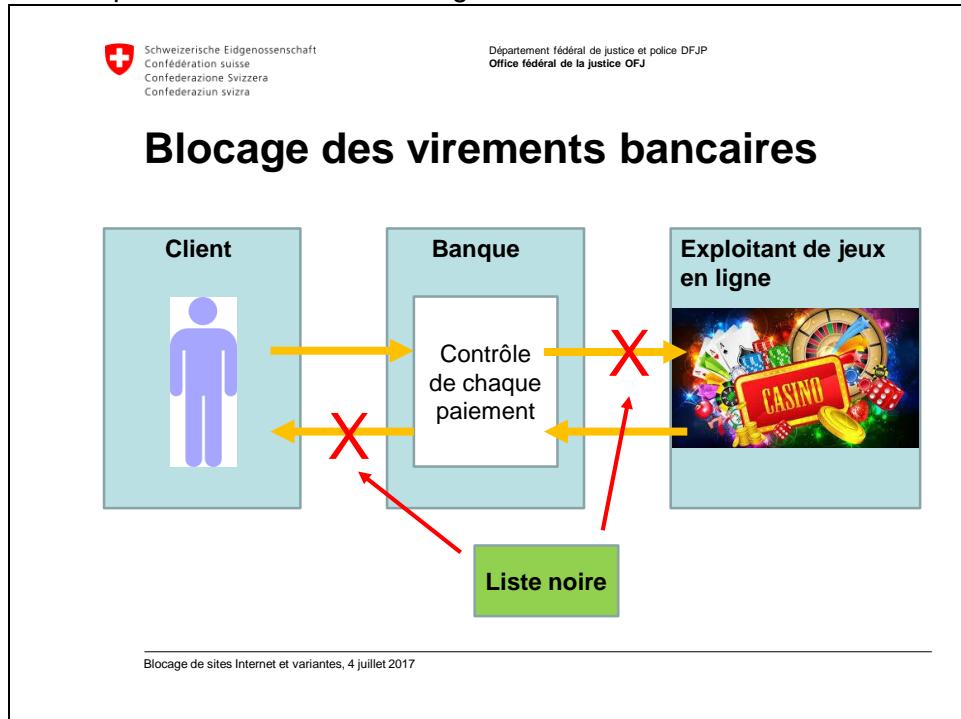
Il serait techniquement possible de mettre en place un mécanisme de ce type. Les prestataires de services de paiement seraient confrontés à des pertes de gains et à des dépenses supplémentaires. Ils seraient en outre confrontés à de nouveaux risques de conformité. On ne pourrait par ailleurs exclure que les clients étrangers d'un émetteur suisse de cartes de crédit soient aussi entravés dans leurs actions par le blocage, ce qui irait au-delà du but recherché.

4.1.5.4 Blocage des paiements effectués par virement bancaire

Ce type de blocage est réglé à la section 3 de l'exemple de norme proposé plus bas.

L'idée à la base de cet exemple et sa conception découlent du chap. 7 P-LJAr concernant le blocage de sites Internet, et de la LEmb.

Voici à quoi ressemblerait le blocage des virements bancaires:



Le mécanisme prévu consiste à établir des listes noires des exploitants de jeu d'argent étrangers non autorisés en Suisse. Les virements bancaires entre eux et les joueurs en Suisse seraient bloqués par les prestataires suisses de services de paiement. Les règles relatives à la publication et à la communication des listes, à la radiation des listes et aux voies de droit correspondent en grande partie au concept de blocage de sites Internet.

Un tel blocage est techniquement possible au moins en théorie. Mais il implique le contrôle de tous les paiements effectués par des prestataires suisses pour vérifier s'ils présentent un lien éventuel avec les jeux d'argent. Seule la première étape de ce contrôle pourrait être réalisée par des machines. Il semble indispensable qu'un service de conformité passe en revue au moins les cas douteux au cours d'une seconde étape, une opération très fastidieuse pour les prestataires de services de paiement. Le trafic des paiements serait en outre nettement ralenti, surtout s'agissant des paiements que le service de conformité devrait reconstrôler.

4.1.5.5 Exemple de norme

Chapitre 7a Blocage des paiements

Section 1 Dispositions générales

Art. 90a *Blocage des paiements*

1 Les paiements à destination ou en provenance d'exploitants d'offres de jeux d'argent en ligne non autorisées en Suisse doivent être bloqués.

2 Le blocage des paiements vise les transactions entre un joueur en Suisse et un exploitant qui a son siège ou son domicile à l'étranger ou qui dissimule son siège.

3 Est tenue d'effectuer le blocage toute personne qui fournit des services dans le domaine du trafic des paiements.

Art. 90b Exclusion de responsabilité

Quiconque, de bonne foi, procède à un blocage des paiements en vertu des dispositions du présent chapitre ou à la déclaration obligatoire prévue à l'art. 90e, al. 2, ne peut être poursuivi pour violation du secret de fonction, du secret professionnel ou du secret d'affaires, ni être rendu responsable de violation du contrat.

Art. 90c Surveillance

La FINMA surveille l'exécution des mesures prévues au présent chapitre.

Section 2 Blocage des paiements par cartes de crédit et d'autres moyens analogues

Art. 90d

Les personnes qui fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements bloquent les paiements effectués au moyen de cartes de crédit ou d'autres moyens analogues à destination ou en provenance d'exploitants d'offres de jeux d'argent en ligne non autorisées en Suisse.

Section 3 Blocage des paiements par virement bancaire et d'autres moyens analogues

Art. 90e Blocage et obligation de rapport

1 Les personnes qui fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements bloquent les paiements effectués au moyen de virements bancaires ou d'autres moyens analogues à destination ou en provenance des exploitants d'offres de jeux d'argent en ligne qui figurent sur les listes visées à l'art. 90f.

2 Elles rendent compte périodiquement des blocages effectués à la FINMA ainsi qu'à la CFMJ et à l'autorité intercantonale. Elles déclarent notamment le nom des exploitants visés ainsi que le nombre et la valeur des paiements bloqués.

Art. 90f Liste des exploitants bloqués

1 La CFMJ et l'autorité intercantonale tiennent chacune une liste des exploitants devant faire l'objet d'un blocage des paiements au moyen de virements bancaires ou d'autres moyens analogues (ci-après : liste des exploitants bloqués) et dont l'offre de jeu relève de leur domaine de compétence. Elles actualisent cette liste régulièrement.

2 La liste des exploitants bloqués comporte toutes les indications utiles à l'identification de l'exploitant visé.

Art. 90g Notification et procédure d'opposition

1 La CFMJ et l'autorité intercantonale publient simultanément leurs listes des exploitants bloqués, ainsi que leurs mises à jour, au moyen d'un renvoi dans la Feuille fédérale. Cette publication tient lieu de notification de la décision de blocage des paiements au moyen de virements bancaires ou d'autres moyens analogues.

2 Un exploitant qui figure sur la liste des exploitants bloqués peut adresser à l'autorité de décision une opposition écrite contre la décision de blocage dans les 30 jours qui suivent sa publication. L'opposition peut être formée notamment au motif que l'exploitant a supprimé l'offre de jeux non autorisée ou l'a rendue inaccessible depuis la Suisse par des moyens techniques appropriés.

3 Si l'opposition a été valablement formée, l'autorité compétente revoit sa décision. Elle n'est pas liée par les conclusions présentées.

Art. 90h Communication des listes des exploitants

1 La CFMJ et l'autorité intercantonale publient leur liste des exploitants sur leur site internet, en intégrant un lien internet vers le site de l'autre autorité.

2 Les personnes qui fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements peuvent adresser à l'autorité de décision une opposition écrite contre la décision de blocage dans les 30 jours qui suivent la publication visée à l'art. 90g si la mesure nécessaire au blocage ne répond pas au principe de proportionnalité sur les plans techniques ou de l'exploitation.

Art. 90i *Retrait de la liste*

Lorsqu'un exploitant ne remplit plus les conditions du blocage, notamment parce qu'il a supprimé l'offre de jeux non autorisée ou l'a rendue inaccessible depuis la Suisse par des moyens techniques appropriés, l'autorité compétente le retire, d'office ou sur demande, de la liste des exploitants bloqués.

Art. 90j *Effet suspensif*

Ni le recours ni l'opposition contre une mesure ordonnée en vertu de la présente section n'ont d'effet suspensif. Le recours ou l'opposition formés par une personne qui fournit des services dans le domaine du trafic des paiements, sont réservés.

4.1.6 Inefficacité partielle

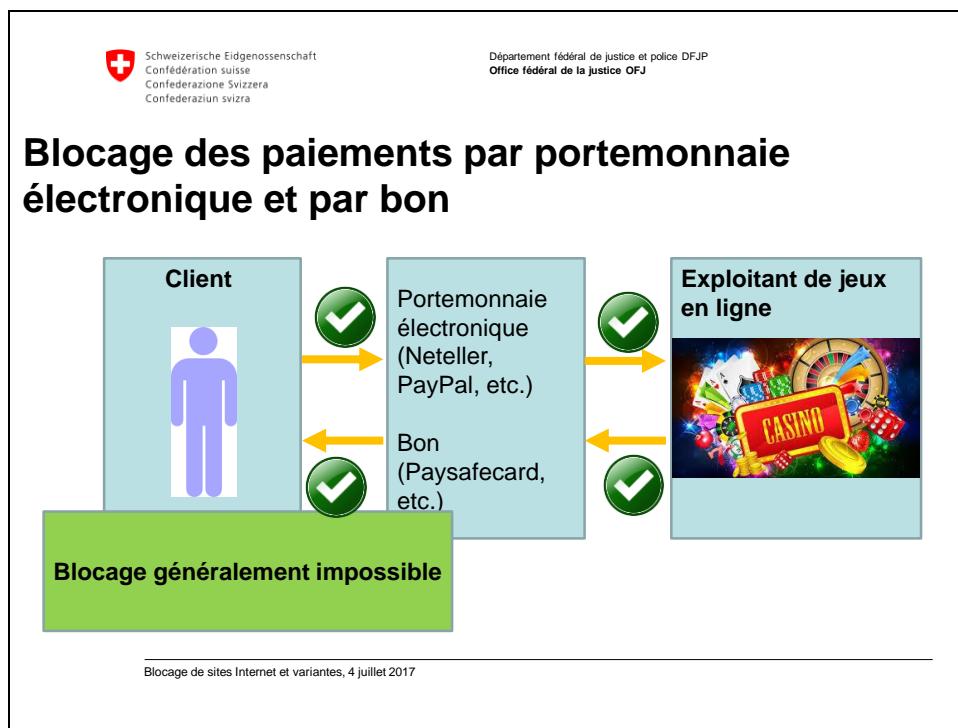
Puisqu'il n'est possible d'intervenir que sur deux des trois catégories de paiements évoquées au ch. 4.1.2, le blocage proposé ne produirait que partiellement des effets. Il est à escompter qu'il aurait un effet préventif comparable à celui du blocage de sites Internet (voir le ch. 3.4.1).

Le blocage serait en principe efficace pour les joueurs qui alimentent leur compte de joueur au moyen d'une **carte de crédit** ou d'un **virement bancaire**. Ils pourraient certes le contourner en acquérant une carte de crédit auprès d'un émetteur de cartes étranger ou en effectuant le paiement par le biais d'un compte bancaire ouvert à leur nom à l'étranger. Néanmoins, le blocage serait sans doute efficace sur le joueur moyen.

Les maisons de jeu étrangères proposent toutefois de nombreuses autres méthodes de paiement, dont PayPal et de multiples autres formes de portemonnaies et de bons électroniques. Ces méthodes de paiement sont très répandues et très employées pour les transactions sur Internet (par ex. eBay). Il est souvent impossible de les bloquer en pratique, en particulier parce que les services qu'un intermédiaire financier étranger propose uniquement sur Internet ne relèvent pas du champ d'application territorial de la législation suisse, notamment dans le domaine du blanchiment d'argent³⁵. Les prestataires suisses de services de paiement ne peuvent donc pas savoir si le destinataire final d'un paiement est un exploitant de jeux d'argent étranger. Ils pourraient difficilement parvenir à cette conclusion si un client charge son portefeuille électronique (par ex. Neteller) au moyen de sa carte de crédit, puis utilise ce portefeuille pour des jeux d'argent ou encore si une personne achète un bon au kiosque ou au distributeur de billets des CFF et l'utilise ultérieurement pour effectuer un paiement sur Internet (par ex. Paysafecard).

³⁵ Voir le rapport explicatif relatif à la circulaire FINMA 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » - Révision partielle relative au champ d'application territorial envoyé en audition le 11 juillet 2016, p. 5 (<https://www.finma.ch/fr/news/2016/07/20160711--mm---rs-2011-01/> > Rapport explicatif).

Bloque (inefficace) des paiements effectués au moyen de portemonnaies ou de bons électroniques:



L'efficacité du blocage des paiements serait donc très limitée. De nombreux cas passeraient à travers les mailles du filet juridique, comme le confirme l'expérience des Etats qui ont déjà adopté des législations en la matière. Cela peut paraître étonnant à première vue puisque le mécanisme de blocage fonctionne dans le domaine des embargos et des sanctions. Pourquoi alors ne fonctionnerait-il pas dans le domaine des jeux d'argent ? La réponse va de soi: les embargos et les sanctions n'ont une réelle efficacité que si ils sont reconnus sur le plan international et appliqués par la communauté des Etats dans son ensemble. Par conséquent, le blocage des paiements ne pourrait être efficace que si un nombre important d'Etats le pratiquaient selon les mêmes conditions. Or il est notoire qu'un tel consensus fait défaut en matière de jeux d'argent, ne serait-ce qu'en Europe.

4.1.7 Constitutionnalité

Le blocage des paiements constitue une restriction de la liberté économique des prestataires de services de paiement suisses. Les restrictions induites par le blocage au niveau des virements pèseraient lourd sur les banques. Elles devraient prévoir une infrastructure leur permettant de surveiller l'ensemble du trafic des paiements, avec les systèmes informatiques que cela implique et le personnel nécessaire pour traiter les cas douteux.

Toute restriction de la liberté économique doit être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 36 Cst.). Les dispositions que nous proposons d'inscrire au chap. 7a constituerait une base légale suffisante. L'intérêt public réside dans la protection de la santé publique et dans la prévention des infractions (blanchiment d'argent, escroquerie). Quant à la proportionnalité, il faut procéder à un examen d'ensemble, qui tient compte du caractère approprié de la mesure et de sa nécessité. Le législateur dispose ce faisant d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, la question

demeure: le blocage de sites Internet ne serait-il pas un moyen équivalent voire plus approprié de préserver les intérêts publics tout en portant une atteinte moins grave aux droits fondamentaux ?³⁶

Les droits de procédure des prestataires de services de paiement et des exploitants de sites de jeu sur Internet (droit d'être entendu, garantie de l'accès au juge) seraient respectés dans la même mesure qu'en cas de blocage de sites Internet.

4.1.8 Appréciation

L'introduction d'un blocage des paiements serait problématique, pour les raisons suivantes.

- Ce blocage s'avérerait **souvent inefficace**, même pour l'utilisateur moyen. Il est en effet impossible d'empêcher les paiements qu'effectueraient des joueurs en Suisse à des exploitants de jeux d'argent situés à l'étranger uniquement en demandant aux intermédiaires financiers nationaux de bloquer les transactions financières concernées, dans la mesure où une part importante de ces paiements passe par des intermédiaires étrangers (par ex. PayPal). Or ceux-ci ne sont pas soumis aux réglementations suisses. Les paiements au moyen de bons ne peuvent pas non plus être empêchés. Le mécanisme proposé serait cependant efficace pour tous les paiements effectués au moyen de cartes de crédit suisses auprès d'exploitants de jeux d'argent étrangers et tous les virements bancaires effectués depuis et vers la Suisse en provenance de et à destination de ces exploitants.
- Le **coût** du blocage serait élevé pour les intermédiaires financiers suisses et les autorités de surveillance compétentes, bien plus que celui qu'auraient à supporter les fournisseurs d'accès à Internet pour le blocage des sites. Il faudrait en effet vérifier, pour chaque virement bancaire, s'il existe un lien avec un exploitant figurant sur une liste noire, vérification qu'on ne peut confier uniquement à des machines, au contraire de ce qui est envisageable pour le blocage des sites Internet.
- Le blocage des paiements entraînerait des **pertes de gains**: pas de paiement par carte de crédit, pas de commission.
- Les émetteurs de cartes de crédit suisses subiraient un **désavantage concurrentiel** par rapport à leurs homologues étrangers.
- Contrairement au blocage de sites Internet, pour lequel un message à l'adresse de l'internaute est prévu, aucune autorité n'**informerait** les joueurs de la raison pour laquelle le paiement ne peut être effectué.
- La FINMA et la CFMJ rejettent cette solution pour les raisons évoquées. La FINMA refuse en outre d'assumer la tâche de surveillance qui lui serait attribuée, qu'elle estime être incompatible avec son mandat légal, lequel ne porte pas sur la préservation d'intérêts fiscaux. Elle ne perçoit aucun lien matériel avec la lutte contre le blanchiment d'argent ou son activité de surveillance fondée sur la loi sur les marchés financiers. Elle rappelle qu'elle n'assume aucune tâche de surveillance dans le domaine des embargos et des sanctions, l'organe de contrôle en la matière étant en principe le seco. La FINMA souligne en outre que ses ressources ne lui permettraient pas d'assumer cette nouvelle tâche.

³⁶ Peter V. Kunz est d'avis que le blocage des paiements constitue une atteinte disproportionnée à la liberté économique des entreprises émettrices de cartes de crédit. A titre de mesure moins invasive, il évoque un blocage des sites Internet avec mise en demeure préalable, selon le modèle français. Voir Peter V. Kunz, Rechtsgutachten für Swiss Payment Association (SPA) betreffend Finanztransaktionssperren im Geldspielgesetz, Berne, 20 décembre 2016, nm. 52 ss, 63 et 79.

4.2 Association du blocage de sites Internet et du blocage des paiements

4.2.1 De quoi s'agit-il?

Cette alternative réunit le blocage de sites Internet et le blocage des paiements.

4.2.2 Constitutionnalité

L'association des deux types de blocages soulève les mêmes questions constitutionnelles que les blocages pris isolément. Nous renvoyons aux explications fournies plus haut. Là aussi, il se justifie de poser la question: le blocage de sites Internet seul ne serait-il pas un moyen quasiment aussi approprié de préserver les intérêts publics tout en portant une atteinte nettement moins grave aux droits fondamentaux ?

4.2.3 Appréciation

L'association des deux types de blocages est possible. Quelques Etats européens ont inscrit ce double mécanisme dans la loi³⁷.

L'effet combiné serait plus fort que celui que pourrait déployer un seul type de blocage, mais serait de très peu supérieur à ce que pourrait apporter le seul blocage de sites Internet. Les deux types de blocages toucheraient dans l'ensemble les mêmes joueurs, pour un coût élevé. Le rapport coût-utilité de cette solution est très nettement défavorable.

4.3 Blocage du référencement sur les moteurs de recherche

4.3.1 De quoi s'agit-il?

Certains demandent le non-référencement par les moteurs de recherche des offres de jeu non autorisées³⁸. Cette mesure remplacerait le blocage de sites Internet. L'idée est d'empêcher les internautes de jouer sur des sites étrangers non autorisés en éliminant les références à ces sites des résultats des recherches effectuées.

4.3.2 Droit en vigueur et droit comparé

Il n'y a aucune disposition de ce genre dans le droit en vigueur.

Le blocage du référencement des offres de jeu illicites est pratiqué au Royaume-Uni à la faveur d'une collaboration volontaire entre les autorités, les exploitants de moteurs de recherche et les réseaux sociaux.

La loi française comporte une solution comparable en complément du blocage combiné de sites Internet et des transactions financières, mais elle n'est pas appliquée actuellement³⁹.

4.3.3 Efficacité

Cette mesure ne pourrait déployer des effets que dans l'hypothèse où le moteur de recherche aurait un lien suffisant avec la Suisse. Si l'exploitant d'un moteur de recherche a son siège à l'étranger et propose ses services uniquement sur Internet, notre pays ne dispose généralement d'aucun moyen ni juridique ni pratique de l'obliger à se conformer à la loi. Ce

³⁷ Voir ch. 2.3.6.

³⁸ Voir par ex. la proposition faite par la minorité III (Arslan, Mazzone) au Conseil national concernant le chapitre 7 de la loi au cours de la session de printemps 2017, dépliant 2017 I N, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/rat-sunterlagen?AffairId=20150069&k=PdAffairId:20150069>.

³⁹ Pour des informations récentes, consulter le rapport de l'ARJEL faisant suite à la journée d'étude du 6 juin 2016 à Paris intitulée « Régulation et offre illégale : pour une lutte à armes égales », p. 21 (<http://www.arjel.fr/IMG/pdf/synthese20160606.pdf>, dernière consultation le 2 décembre 2016)

lien suffisant avec la Suisse pourrait cependant exister pour les gros moteurs de recherche, qui ont des succursales en Suisse, si bien que la LJAr pourrait éventuellement s'appliquer. Une mise en œuvre de cette mesure pourrait par exemple mener à l'élimination d'offres de jeu non autorisées des résultats obtenus sur www.google.ch. L'effet serait par contre nul si des internautes de Suisse consultent le site www.google.fr ou www.google.de. Par ailleurs, il suffirait de connaître le nom de domaine d'un site de jeu ou de trouver la référence de ce site par d'autres moyens que via les moteurs de recherche (médias sociaux, courriels, listes de liens, favoris) pour accéder aux sites non autorisés depuis la Suisse. Cette solution présente l'inconvénient par rapport au blocage de sites Internet que les joueurs qui utilisaient déjà des offres illégales ne pourraient pas être redirigés vers des offres légales.

L'effet produit serait bien inférieur à celui du blocage de sites.

4.3.4 Constitutionnalité

Les questions de constitutionnalité sont les mêmes que pour le blocage de sites Internet. La mesure proposée entraverait la liberté économique des exploitants de moteurs de recherche. Elle entraînerait des pertes de gains pour ces exploitants dans la mesure où ils seraient obligés d'éliminer des références à des sites qui pourraient leur permettre de gagner de l'argent. Cette particularité mise à part, l'atteinte à la liberté économique se justifie de la même manière qu'au ch. 3.3.

4.3.5 Appréciation

La mesure ne pourrait pas être mise en œuvre si le moteur de recherche n'a pas de succursale en Suisse. Elle produirait un certain effet en cas de recherche sur www.google.ch au moyen du mot-clé « jeux d'argent », auquel cas les sites figurant sur la liste de la CFMJ ou de l'autorité intercantionale ne s'afficheraient pas. La mesure pourrait en outre déployer un effet préventif semblable à celui du blocage de sites Internet (voir le ch. 3.4.1).

L'effet global serait cependant bien moindre, sans compter que les joueurs ne seraient pas informés de la raison pour laquelle tous les résultats ne s'affichent pas.

4.4 Sanctions pénales pour les joueurs

4.4.1 De quoi s'agit-il ?

Selon le projet du Conseil fédéral, toute personne qui exploite des jeux d'argent sans être titulaire des autorisations nécessaires est punissable. Les sanctions pénales visent directement les exploitants. Par contre, elles ne visent pas, pas plus que le droit en vigueur, les personnes qui s'adonnent à des jeux non autorisés en Suisse.

Serait-il possible de sanctionner les personnes qui jouent à des jeux en ligne étrangers non autorisés en Suisse ? A quoi pourrait ressembler une réglementation en ce sens et que faudrait-il en penser ? Les exploitants de ces jeux échappent à l'application du droit pénal en Suisse; en revanche, le législateur suisse peut sanctionner les joueurs qui accèdent à ces offres en ligne.

Il n'est possible d'inscrire des sanctions dans le droit pénal accessoire que si celles-ci contribuent à la réalisation du but de la loi. Selon l'art. 2, la loi vise notamment à protéger de manière appropriée la population contre les dangers inhérents aux jeux d'argent. Il paraît problématique au vu de ce but de punir uniquement les personnes qui participent à des jeux en ligne non autorisés étrangers. Pour des raisons d'égalité devant la loi et de cohérence, une éventuelle norme pénale devrait viser de manière générale la participation à des jeux non

autorisés en Suisse, qu'il s'agisse de jeux suisses ou étrangers et qu'ils soient proposés en ligne ou non.

4.4.2 Exemple de norme

Art. 70a Information

Les exploitants de jeux d'argent informent les joueurs sous une forme appropriée que le jeu auquel ils vont participer est autorisé en Suisse.

Art. 128, al. 1, let. a^{bis}

¹ Est puni d'une amende de 500 000 francs au plus quiconque, intentionnellement:

a^{bis}. trompe les personnes jouant en Suisse en leur indiquant en vertu de l'art. 70a que le jeu auquel ils vont participer est autorisé en Suisse, alors que les autorisations nécessaires font défaut;

Art. 128a Participation à des jeux d'argent non autorisés

Est puni d'une amende quiconque, intentionnellement, participe à des jeux d'argent qui ne sont pas autorisés en Suisse.

L'exemple de norme ci-dessus instaure des sanctions à l'encontre des joueurs qui participent à n'importe quel jeu d'argent non autorisé en Suisse, qu'il s'agisse d'un jeu de casino ou d'un jeu de grande ou de petite envergure.

La confiscation des gains est une mesure déjà employée en Suisse. Les gains des joueurs peuvent être confisqués en vertu de l'art. 70 CP (confiscation de valeurs patrimoniales résultant d'une infraction) lorsqu'un jeu d'argent est exploité sans autorisation, et ce bien que l'exploitant du jeu en question soit punissable, et non les joueurs⁴⁰. L'expérience a montré que la confiscation avait un effet dissuasif.

L'exemple de disposition pénale introduit à l'art. 128a du projet de loi permettrait à l'art. 70 CP de s'appliquer aussi en cas de participation à un jeu en ligne étranger interdit en Suisse. Il ne serait pas nécessaire de prévoir une réglementation expresse quant à la confiscation des gains des joueurs, puisque dans une situation de ce genre, le juge devrait forcément vérifier s'il y a lieu de confisquer les valeurs patrimoniales en vertu de l'art. 70 CP.

L'obligation des exploitants d'informer les joueurs en vertu de l'art. 70a ci-dessus vise à permettre à ces derniers de savoir sans faire de recherches spécifiques s'ils sont sur le point de participer à un jeu autorisé en Suisse. L'art. 128, al. 1, let. a^{bis}, de l'exemple consacreraît une nouvelle infraction qui consisterait pour un exploitant à tromper les joueurs en leur indiquant faussement qu'il est titulaire d'une autorisation pour le jeu auquel ils vont s'adonner.

Certains pays ont mis en place des sanctions pénales à l'encontre des joueurs qui utilisent des sites Internet non autorisés (voir le tableau au ch. 2.3.6). Les sanctions pénales encourues vont de l'amende à des peines d'emprisonnement.

4.4.3 Appréciation

Le fait de sanctionner les joueurs n'aurait aucun effet dissuasif sur les exploitants de jeux d'argent étrangers, d'autant que ceux-ci inscrivent souvent dans leurs conditions générales que les joueurs assument eux-mêmes la responsabilité de vérifier s'ils sont autorisés à jouer en vertu du droit national applicable.

⁴⁰ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 8G.16/2004 du 12 février 2004, consid. 2 (concernant le séquestration au sens de l'art. 46, al. 1, let. b, de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif; RS 313.0).

Il pourrait néanmoins y avoir un effet dissuasif sur les joueurs eux-mêmes. Cela dit, cette nouvelle optique soulève des questions fondamentales au regard du principe de proportionnalité. On peut avant tout douter du caractère approprié de la norme pénale pour protéger la population des dangers inhérents aux jeux d'argent. En effet, son application donnerait lieu à d'importants problèmes. Il est difficile d'imaginer comment les autorités de poursuite pénale procéderaient pour identifier les joueurs, surtout en ligne, et comment elles pourraient prouver un éventuel comportement délictueux. Il serait pratiquement impossible, du moins pour les jeux en ligne, d'aboutir à une condamnation. La norme pénale pourrait produire un certain effet en cas de participation à des jeux proposés sans autorisation par des exploitants suisses (alors qu'il serait justement déjà possible de punir ceux-ci sur la base d'autres dispositions), mais serait quasiment sans effet en cas de participation à des jeux en ligne étrangers. Elle rendrait punissables de larges pans de la population, alors même que la loi a pour but de les protéger. Cette solution paraît discutable sous l'angle de l'état de droit. Elle est en outre en conflit avec la conception du Conseil fédéral, pour qui le blocage des sites doit avant tout avoir une fonction d'avertissement (voir le ch. 3.4.2).

La confiscation des gains pourrait avoir un certain effet dissuasif. Le joueur qui encourt le risque de se faire confisquer un gain d'un million par le juge s'il participe à un jeu en ligne non autorisé en Suisse y réfléchira sans doute à deux fois. Mais cette mesure serait tout aussi difficile à faire appliquer que la sanction pénale évoquée plus haut. L'effet de prévention générale ne pourrait précisément pas se déployer là où il serait nécessaire.

4.5 Autres propositions

4.5.1 Blocage de sites Internet sur une base volontaire

Le blocage de sites Internet par les fournisseurs d'accès Internet pourrait aussi se faire sur une base volontaire, sans obligation légale de bloquer. Pour des motifs de sécurité et prévisibilité du droit, ainsi que de légalité, la possibilité d'un tel blocage volontaire devrait néanmoins être prévue dans la loi. L'actuel art. 13e, al. 5, de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI), pourrait servir de modèle. Il s'agirait de prévoir que l'autorité compétente (à savoir la CFMJ ou l'autorité intercantonale) peut recommander aux fournisseurs d'accès suisses de bloquer les sites Internet offrant des jeux d'argent en Suisse sans disposer pour cela de l'autorisation nécessaire.

Plusieurs instances de protection des droits de l'homme ont souligné le caractère problématique de tels blocages volontaires dans la mesure où ceux-ci ne reposent pas sur une base légale et ne sont pas susceptibles de recours. De tels blocages seront en outre interdits dans l'UE dès 2017. Une mesure de ce type irait donc en sens contraire de la tendance internationale. Du point de vue des effets, cette mesure est problématique dans tous les cas : si les fournisseurs d'accès Internet ne procèdent pas à des blocages, le dispositif est inefficace. S'ils y procèdent, l'atteinte aux droits fondamentaux est en fin de compte plus grande qu'avec un blocage obligatoire.

4.5.2 Publication d'une liste blanche, en lien avec un label

Les autorités compétentes (CFMJ et autorité intercantonale) pourraient publier une ou deux listes blanches des sites de jeux en ligne autorisés en Suisse. La publication pourrait avoir lieu sur le site Internet des autorités concernées ou sur un site Internet dédié. Le but serait d'informer les joueurs. La publication de ces listes blanches pourrait être renforcée par un label « autorisé en Suisse par... [nom de l'autorité compétente] » qui figurerait sur les sites de jeux autorisés. Ce label permettrait d'informer directement les joueurs qu'ils se trouvent sur un site autorisé, sans nécessiter un détour par le site Internet d'une autorité.

L'efficacité d'une telle mesure est difficile à estimer. Elle permettrait d'orienter les joueurs qui souhaitent jouer uniquement sur les sites autorisés, mais ne déployerait aucun effet dissuasif sur les exploitants. Les joueurs cherchent souvent avant tout à s'amuser et ne s'informent pas systématiquement sur le cadre juridique. Le seul moyen efficace de les informer qu'ils accèdent à un site illégal est de les renvoyer à une page d'avertissement.

4.5.3 Publication d'une liste noire sans blocage subséquent

Les autorités compétentes (CFMJ et autorité intercantionale) pourraient publier une liste noire des sites offrant des jeux d'argent en Suisse sans disposer de l'autorisation nécessaire. Le but serait d'informer les joueurs afin de permettre à ceux-ci de faire un choix éclairé du site sur lequel ils vont jouer. La publication pourrait avoir lieu par exemple sur les sites Internet des autorités compétentes, ou sur un site Internet dédié. Le respect des droits fondamentaux des exploitants de sites de jeux exige probablement que l'on prévoie une procédure de recours ou d'opposition.

L'efficacité d'une telle mesure est sujette à caution, dans la mesure où elle ne permettrait d'influencer le comportement que d'un petit nombre de joueurs, à savoir les joueurs qui recherchent délibérément et activement les offres légales. Or l'expérience montre que les joueurs en ligne, lorsqu'ils choisissent un site de jeu, se fient généralement à des sources telles que des forums en ligne ou des rankings sur Internet, et ont tendance à se méfier des autorités. Il est possible qu'une telle publication déploie un effet dissuasif sur les exploitants de sites Internet de jeux qui ne souhaitent pas figurer sur une liste noire. Toutefois, sans l'épée de Damoclès que représente la menace d'un blocage, cet effet risque d'être très limité.

5 Conclusion

Le blocage des sites Internet qui proposent des jeux d'argent sans autorisation est une mesure largement répandue en Europe. D'autres pays sont en train de l'introduire. Elle se justifie au vu du caractère très régulé du marché des jeux. C'est aujourd'hui l'unique mesure à disposition de l'Etat qui présente une certaine efficacité et qui répond aux exigences de la Constitution (art. 106) en permettant à l'offre légale de se développer avec succès, également sur Internet. Par ce biais, il garantit une protection sociale adéquate de la population, un jeu sûr et transparent et la génération de recettes pour l'assurance vieillesse, survivants et invalidité ou pour des buts d'utilité publique.

Les mesures alternatives au blocage des sites Internet présentent autant d'inconvénients que ce dernier, voire des inconvénients supérieurs : elles sont le plus souvent inefficaces, ou ne sont concevables que comme mesure complémentaire au blocage des sites Internet, et non comme mesure alternative. Le recours à des mesures complémentaires en sus du blocage de sites Internet ne représenterait cependant qu'un gain marginal d'efficacité, et impliquerait des coûts considérables. Tel est en particulier le cas pour le blocage des paiements.



Comparaison entre le blocage de sites Internet et le blocage des paiements

	blocage de sites Internet	blocage des paiements
effets sur l'utilisateur	efficace sur l'utilisateur moyen (fonction d'avertissement)	en grande partie inefficace sur l'utilisateur moyen
effets sur l'exploitant	effet préventif	effet préventif
constitutionnalité	ok	ok
coût de l'application pour les acteurs privés	faible	élevé
expérience à l'étranger	positive	majoritairement négative

Blocage de sites Internet et variantes, 4 juillet 2017

La mise en place de sanctions pénales touchant les joueurs qui participent à des jeux non autorisés en Suisse paraît contraire au principe de la proportionnalité.

En fin de compte, le système proposé dans le projet est pertinent et permet d'obtenir les effets recherchés sans une restriction disproportionnée des droits fondamentaux.