



Berne, le 18.10.2023

Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Garantir le principe de proportionnalité

Rapport du Conseil fédéral
en réponse au postulat 19.4031 Vitali
du 16 septembre 2019

Table des matières

1	Contexte	3
2	Délimitation et contenu	4
3	Caractéristiques des FST et FSCD	4
4	Fournisseurs de services de télécommunication (FST).....	5
	4.1 Obligations et coûts des FST	5
	4.2 Conditions et procédure pour être exonérés de certaines obligations.....	6
5	Fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD).....	8
	5.1 Pourquoi cette catégorie a-t-elle été créée ?.....	8
	5.2 Obligations et coûts des FSCD	8
6	Remarques finales	9
1	Contexte	3
2	Délimitation et contenu	4
3	Caractéristiques des FST et FSCD	4
4	Fournisseurs de services de télécommunication (FST).....	5
	4.1 Obligations et coûts des FST	5
	4.2 Conditions et procédure pour être exonérés de certaines obligations.....	6
5	Fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD).....	8
	5.1 Pourquoi cette catégorie a-t-elle été créée ?.....	8
	5.2 Obligations et coûts des FSCD	8
6	Remarques finales	9

1 Contexte

Le postulat 19.4031 a été déposé le 16 septembre 2019 par le conseiller national Albert Vitali. Il a été repris le 4 août 2020 par le conseiller national Marcel Dobler. Le Conseil national l'a adopté le 21 septembre 2021.

Le texte déposé est le suivant :

« Le Conseil fédéral est chargé de soumettre un rapport dans lequel il présentera les modifications à apporter à la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) afin que les mesures de surveillance que doivent prendre les fournisseurs de services de télécommunication restent proportionnées, et en particulier afin que les coûts que ces fournisseurs doivent assumer du fait des obligations qui leur incombent ne soient pas disproportionnés. »

La demande est motivée comme suit :

« La LSCPT est une bonne loi qui vise un objectif honorable. Dans son message, le Conseil fédéral le décrivait comme suit : "L'objectif principal [...] de la LSCPT est de permettre la surveillance des personnes fortement soupçonnées d'avoir commis des infractions graves. Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, il n'est pas question d'autoriser une surveillance de monsieur tout le monde sans qu'il y ait soupçon d'infraction ni même d'autoriser des surveillances préventives ; la liberté personnelle est ainsi sauvegardée". Pour atteindre cet objectif, les fournisseurs de services de télécommunication se voient imposer des obligations, notamment l'enregistrement des données pendant six mois ou la remise des données. Le législateur entendait faire une exception pour les petits fournisseurs de services, et donc leur éviter les lourdes charges financières qui découlent de cette obligation de surveillance, en leur imposant uniquement une obligation de tolérer la surveillance, mais cet allègement n'a pas été mis en œuvre à ce jour. Aussi seules 25 % des entreprises qui répondraient aux critères du législateur ont des obligations moins étendues en matière de surveillance, ce qui signifie que 75 % des PME doivent remplir la totalité des obligations prévues.

La situation des fournisseurs de services de communication dérivés est encore moins favorable. L'ordonnance considère en effet qu'ils sont soumis à la loi, alors que celle-ci ne dit rien de tel. Concrètement, toute entreprise qui propose des services en ligne est ainsi soumise à la LSCPT et doit donc mettre en œuvre la surveillance. Le coût des mesures qu'elles doivent mettre en place à cet effet s'élève souvent à 40 000 voire à 100 000 francs par an et elles doivent les assumer seules. On est en droit de se demander pourquoi ces coûts sont si élevés. C'est pourquoi il faut revenir à la volonté du législateur. Le Conseil fédéral est ainsi prié de montrer quelles mesures pourraient faciliter la mise en œuvre de la LSCPT pour les PME, par exemple soumettre automatiquement les PME à des obligations moins étendues, aménager leurs obligations de collaboration de manière à réduire les coûts, exclure les fournisseurs de services de communication dérivés du champ d'application de la loi et établir des "listes blanches". »

2 Délimitation et contenu

L'objectif du postulat 19.4031 est d'éviter aux petites et moyennes entreprises (PME) des dépenses ou des investissements élevés pour des mesures de surveillance des télécommunications. Le postulat ne mentionne que les PME qui, selon la terminologie de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)¹, sont des fournisseurs de services de télécommunication (FST) ou des fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD). Il ne dit rien, en revanche, des autres personnes soumises à l'obligation de collaborer (art. 2 LSCPT), par exemple les exploitants de réseaux de télécommunication internes. Leur cas n'est donc pas non plus traité ici en détail.

Le présent rapport revient d'abord sur les caractéristiques des FST et FSCD (ch. 3). Le classement dans l'une ou l'autre de ces catégories est déterminant pour les coûts qu'une entreprise peut être amenée à assumer pour des mesures de surveillance. Le ch. 4 expose ensuite les obligations que la LSCPT impose aux FST, les coûts qui en résultent pour ceux-ci et les possibilités qui leur sont accordées de bénéficier d'obligations restreintes. Ce chapitre examine aussi la faisabilité d'un mécanisme automatique pour restreindre les obligations des FST de petite taille, comme l'exige le postulat. Le ch. 5 est consacré aux FSCD : l'importance de cette catégorie pour atteindre le but de la LSCPT, les obligations que la loi leur impose et la manière dont sont mis en œuvre dans l'ordonnance les critères permettant d'étendre ces obligations. Sont enfin examinées les mesures que le postulat demande concernant les FSCD.

3 Caractéristiques des FST et FSCD

Pour un fournisseur, l'appartenance à la catégorie des FST ou à celle des FSCD est déterminante au regard des obligations qui leur sont imposées : les FST ont en principe des obligations complètes en matière de fourniture de renseignements et de surveillance, tandis que les FSCD, selon la loi, ne sont tenus que de tolérer des mesures de surveillance et d'y collaborer. Le niveau des obligations a une influence sur les montants que les fournisseurs doivent consacrer à la surveillance, et en particulier sur les investissements qu'ils doivent faire.

Ce sont les services proposés par un fournisseur (accès à l'internet, services par contournement de voix sur IP ou *Over-the-top-Voice-over-IP*, OTT-VoIP) qui déterminent son appartenance à l'une ou l'autre catégorie. Chaque service doit être considéré indépendamment des autres, de sorte qu'un fournisseur peut très bien tomber dans plusieurs catégories de personnes obligées de collaborer et avoir ainsi, concernant la surveillance, des obligations différentes pour ses différents services². Une entreprise qui propose par exemple un service d'accès à l'internet et un service OTT-VoIP sera considérée comme un FST pour le premier et comme un FSCD pour le second.

Par son arrêt 2C_544/2020 du 29 avril 2021, le Tribunal fédéral a décidé que les services proposés sur l'internet indépendamment du fournisseur d'accès doivent être

¹ RS 780.1

² Cf. message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), FF 2013 2402 ss

Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Garantir le principe de proportionnalité

considérés comme des services de communication dérivés. Ne sont dès lors considérés comme des FST que les fournisseurs qui offrent un service d'émission et de réception d'informations sur des lignes ou par ondes hertziennes. Les fournisseurs dont les services ne peuvent être proposés qu'en relation avec l'activité d'un FST (plus précisément d'un fournisseur d'accès à internet) et qui ne sont pas eux-mêmes un FST parce qu'ils ne transmettent pas eux-mêmes des données, doivent en revanche être qualifiés de FSCD. Actuellement, la LSCPT renvoie encore, pour la définition d'un FST, à l'art. 3, let. b, de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)³. Celle-ci a une acception plus large de la notion de services de télécommunication, qui inclut les services dit over-the-top (services OTT)⁴. Dans le message sur la LSCPT, en revanche, les services OTT ont été sciemment placés dans la catégorie des services de communication dérivés (art. 2, let. c, LSCPT)⁵. Comme la LSCPT impose des obligations de collaboration plus étendues aux FST qu'aux autres fournisseurs entrant dans son champ d'application à raison des personnes (cf. art. 2, let. c à f, LSCPT), il a été décidé, à l'occasion de la révision de la LTC, de supprimer la référence mentionnée à ce texte dans la LSCPT. Cette suppression visait à empêcher les autres personnes obligées de collaborer, en particulier les FSCD, de se voir imposer des obligations actives en matière de fourniture de renseignements et de surveillance au seul motif que leurs activités sont considérées comme des services de télécommunication dans la LTC. Par la suite, un nouvel alinéa a été adopté à l'art. 2 LSCPT, qui charge le Conseil fédéral de préciser les catégories de personnes obligées de collaborer⁶. La modification du 22 mars 2019 de la LTC est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021. L'art. 2, al. 1, let. b, et al. 2, LSCPT entrera en vigueur ultérieurement⁷.

L'intention du Conseil fédéral est que la modification mentionnée de la LSCPT entre en vigueur en même temps que la révision en cours de l'ordonnance du 15 novembre 2017 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT)⁸. L'objectif est d'optimiser les bases légales pour que les définitions indiquent clairement dans quelle catégorie un fournisseur se trouve.

4 Fournisseurs de services de télécommunication (FST)

4.1 Obligations et coûts des FST

La LSCPT impose des obligations plus étendues aux FST qu'aux autres catégories de personnes obligées de collaborer (art. 21 ss LSCPT). Les FST doivent en principe être en mesure de surveiller les services qu'ils proposent et de livrer les renseignements requis concernant ces services (art. 32 LSCPT). Cela implique qu'ils disposent, d'une part, des équipements nécessaires à la surveillance des télécommunications (par exemple, un système d'exécution automatique des surveillances) et, d'autre part,

³ RS 784.10

⁴ Cf. message concernant la révision de la loi sur les télécommunications, du 6 septembre 2017, FF 2017 6185

⁵ Cf. message concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), FF 2013 2403

⁶ RO 2020 6180

⁷ RO 2020 6177

⁸ RS 780.11

Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Garantir le principe de proportionnalité d'une structure d'exploitation nécessaire à cet effet (notamment en termes de personnel).

Le Conseil fédéral peut cependant dispenser des FST de certaines obligations légales, en particulier ceux qui offrent des services de télécommunication de faible importance économique ou dans le domaine de l'éducation (art. 26, al. 6, LSCPT ; cf. pour plus de détails sur ce point le ch. 4.2). Les fournisseurs concernés peuvent bénéficier de cet allègement de leurs obligations sur simple demande auprès du Service Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Service SCPT). Dès qu'ils reçoivent une décision en ce sens, ces FST n'ont plus à assurer activement une disponibilité à surveiller, ni à conserver des données secondaires (indiquant qui a été en communication avec qui, quand, combien de temps, et d'où ; cf. art. 8, let. b, LSCPT). S'agissant des surveillances, ils n'ont que l'obligation légale minimale de tolérer une surveillance, ainsi que des obligations accessoires nécessaires pour permettre l'exécution de celle-ci⁹. Les FST – principalement des PME – qui bénéficient de ces obligations restreintes ne sont donc pas tenus d'acquérir des équipements de surveillance des télécommunications et n'ont ainsi pas de frais d'investissement dans ce domaine.

La loi ne prévoit en revanche pas la possibilité pour les FST de s'exonérer des obligations en matière de fourniture de renseignements, pour la bonne raison que ce sont bien souvent des renseignements qui permettent de décider s'il y a lieu d'ordonner une surveillance¹⁰. Un allègement est néanmoins prévu, au niveau de l'ordonnance, pour les fournisseurs qui sont des PME : si les FST ayant des obligations complètes doivent en principe livrer les renseignements qui leur sont demandés de manière automatisée via le système de traitement, les FST qui n'ont que des obligations restreintes peuvent aussi livrer les renseignements par écrit, en dehors du système de traitement et sans obligation d'automatiser la procédure (art. 18, al. 3, OSCPT). Ils n'ont donc, là non plus, pas d'investissements à faire pour des acquisitions.

4.2 Conditions et procédure pour être exonérés de certaines obligations

Le Conseil fédéral a mis en œuvre sa compétence de dispenser des FST de certaines obligations en matière de surveillance dans l'art. 51 OSCPT. Les FST qui souhaitent obtenir une dispense doivent en faire la demande au Service SCPT.

La norme de délégation de l'art. 26, al. 6, LSCPT laisse au Conseil fédéral la possibilité de prévoir plusieurs niveaux de dispense. Il examinera, dans le cadre de la révision en cours du champ d'application de l'ordonnance, la solution évoquée dans le développement du postulat de soumettre automatiquement les FST qui sont des PME

⁹ Cela signifie que ces fournisseurs doivent supprimer les cryptages qu'ils ont opérés, garantir au Service SCPT l'accès à leurs installations et livrer, sur demande, les données secondaires dont ils disposent concernant des télécommunications de la personne surveillée ; cf. le message concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), FF **2013** 2437.

¹⁰ Cf. message concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète, du 1^{er} juillet 1998, FF **1998** 3726.

Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Garantir le principe de proportionnalité

à des obligations moins étendues. Les dispositions que le Conseil fédéral proposera seront soumises aux milieux concernés dans le cadre d'une consultation.

Le Service SCPT saisit électroniquement les données des fournisseurs qui s'annoncent auprès de lui. La saisie électronique a été instaurée pour avoir dans chaque cas les coordonnées de l'interlocuteur compétent et pour garantir une communication rapide et sûre avec cette personne. Il est très important pour le Service SCPT d'avoir ces coordonnées afin de pouvoir, le cas échéant, donner le mandat d'exécuter une surveillance ou exécuter cette surveillance lui-même en lieu et place du fournisseur. Ne pas avoir les coordonnées des personnes à qui s'adresser chez les fournisseurs ferait perdre un temps précieux et pourrait entraîner des lacunes dans les surveillances. Actuellement, les fournisseurs doivent présenter une demande au Service SCPT pour être classés dans l'une ou l'autre des catégories (par ex. FST ou FSCD) ou pour être dispensés de certaines obligations (par ex. pour passer de FST avec des obligations complètes à FST avec des obligations restreintes). Un examen effectué par le Service SCPT a montré que seule une infime partie des fournisseurs qu'il a enregistrés ont fait une demande pour bénéficier d'une dispense de certaines obligations. Il semble qu'à ce jour, de nombreuses PME n'ont pas eu l'occasion de faire une telle demande, parce qu'elles n'ont encore jamais reçu le mandat d'exécuter une surveillance et ne se sont sans doute pas encore préoccupées de la question de la surveillance des télécommunications, ni des droits et des obligations qui y sont associés. Lorsqu'un de ces fournisseurs reçoit pour la première fois un mandat de surveillance et se révèle incapable de l'exécuter, c'est le Service SCPT qui prend le relais. Il en profite pour signaler au fournisseur en question qu'il peut présenter une demande pour être dispensé de certaines obligations. Si la demande est faite rapidement et acceptée, le fournisseur en question n'a pas de coûts à assumer, ni pour la surveillance en cours, ni pour d'autres mandats futurs. Comme l'a rappelé le Conseil fédéral dans son avis sur le postulat, tous les fournisseurs peuvent demander à être dispensés de certaines obligations, même en l'absence d'un mandat concret de surveillance. Pour la plupart d'entre eux, leur demande serait très probablement acceptée. Il s'ensuit que même en l'état actuel du droit, il ne resterait qu'une poignée de FST soumis à des obligations complètes en matière de surveillance.

Dans le cadre de la révision en cours de l'OSCPT (révision du champ d'application), le Conseil fédéral entend par ailleurs optimiser les bases légales pour que les définitions permettent de savoir clairement à quelle catégorie un fournisseur appartient. Avec cette clarification, seuls quelques-uns des fournisseurs enregistrés électroniquement auprès du Service SCPT resteront dans la catégorie des FST, et la grande majorité d'entre eux devraient bénéficier d'obligations restreintes. Le Conseil fédéral estime que cet enregistrement électronique des fournisseurs aux obligations restreintes correspond aux « listes blanches » dont le postulat demande d'examiner la possibilité. Les fournisseurs ayant des obligations étendues devraient également être enregistrés. N'importe quel fournisseur pourrait alors en tout temps consulter via un accès sécurisé les données le concernant et voir dans quelle catégorie il se trouve et quelles sont ses obligations. Ces informations ne seraient toutefois pas publiques pour des motifs de sécurité et pour préserver le secret des affaires.

5 Fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD).

5.1 Pourquoi cette catégorie a-t-elle été créée ?

Les nouvelles technologies de communication (par ex. la téléphonie par internet cryptée) sont apparues avant la révision totale de la LSCPT. Comme elles pouvaient également être utilisées pour commettre des infractions, ou en lien avec la commission d'infractions, et qu'elles commençaient à se substituer à la téléphonie traditionnelle, la nécessité est apparue d'adapter la base légale pour éviter toute lacune dans la surveillance des télécommunications. Le législateur a décidé à l'époque de ne pas considérer les fournisseurs de ces nouvelles technologies comme des FST mais de créer pour eux une nouvelle catégorie, celle des FSCD. S'il a fait ce choix, c'est parce qu'il a délibérément voulu imposer à cette nouvelle catégorie des obligations moins étendues que celles des FST en matière de fourniture de renseignements et de surveillance¹¹.

Exclure complètement les FSCD du champ d'application de la LSCPT, comme le propose le postulat, entraînerait selon le Conseil fédéral de graves lacunes dans la surveillance des télécommunications, avec de lourdes conséquences pour la poursuite pénale et le maintien de la sécurité publique¹². Les autorités de poursuite pénale ne pourraient plus recourir à la surveillance des télécommunications – l'un des principaux moyens de preuve dans les procédures pénales – que de manière limitée, car il n'y aurait plus d'accès possible aux données des services de communication dérivés. Pour éviter de telles lacunes, les services de communication dérivés devraient être inclus dans les services de télécommunication, ce qui rendrait caduque l'actuelle distinction entre FST et FSCD. Loin d'alléger les petits et moyens fournisseurs, l'abandon de cette distinction leur imposerait au contraire davantage d'obligations, ce qui n'est pas l'intention de l'auteur du postulat.

5.2 Obligations et coûts des FSCD

Les FSCD, selon la LSCPT, n'ont l'obligation que de tolérer une surveillance. Ils doivent simplement permettre au Service SCPT d'exécuter la surveillance et lui livrer, sur demande, les données dont ils disposent (cf. art. 27 LSCPT). Ils n'ont l'obligation de livrer au Service SCPT les informations dont ils disposent que pour les renseignements visant à identifier les auteurs d'infractions par internet et les personnes en cas de menaces pour la sûreté intérieure ou extérieure (art. 22, al. 3, LSCPT). Contrairement aux FST, ils ne sont pas obligés de conserver certaines données ou données secondaires. Les FSCD n'ont dès lors pas besoin d'équipements à cet effet et n'ont pas de dépenses d'investissement à engager pour en acquérir.

Seuls les FSCD offrant des services d'une grande importance économique ou à un grand nombre d'utilisateurs peuvent être obligés de collaborer activement à la fourniture de renseignements et à l'exécution de surveillances (art. 22, al. 4, et 27, al. 3,

¹¹ Message concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) FF **2013** 2385 ss

¹² Message concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) FF **2013** 2385 ss

Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Garantir le principe de proportionnalité

LSCPT). Les obligations des FST leur sont alors appliquées par analogie. Pour protéger les PME, le Conseil fédéral a cependant fixé des seuils très élevés pour la concrétisation de ces critères (art. 22 et 52 OSCPT). La « grande importance économique » n'est donnée que si l'entreprise réalise un chiffre d'affaires annuel de 100 millions de francs sur le seul territoire suisse. Ce chiffre d'affaires doit être atteint pendant deux exercices consécutifs et, restriction supplémentaire, une grande partie de l'activité commerciale de l'entreprise doit consister à fournir des services de communication dérivés, à au moins 5000 usagers. Pour augmenter encore la barre à franchir pour être soumis à des obligations étendues, le Conseil fédéral a prévu dans l'OSCPT que les critères définis par le législateur de la « grande importance économique » et du « grand nombre d'utilisateurs » doivent être remplis cumulativement. À ce jour, aucun fournisseur ne s'est encore retrouvé en situation de répondre positivement à ces deux critères et d'être qualifié de FSCD ayant des obligations étendues.

6 Remarques finales

Le Conseil fédéral estime que la LSCPT prend suffisamment en compte les intérêts des PME. Elle n'impose d'obligations complètes en matière de fourniture de renseignements et de surveillance qu'aux FST, tout en prévoyant la possibilité de dispenser de l'obligation d'assurer activement une disponibilité à surveiller les FST de moindre importance économique, ce qui est clairement le cas des PME. Pour les FSCD, la LSCPT ne prévoit que l'obligation de tolérer une surveillance. Seuls ceux qui offrent des services d'une grande importance économique ou à un grand nombre d'utilisateurs peuvent se voir imposer par voie d'ordonnance des obligations plus étendues en matière de renseignements ou de surveillance. La barre est cependant placée tellement haut que très peu de PME sont potentiellement concernées.

L'OSCPT doit inclure des définitions claires des personnes obligées de collaborer, en particulier pour les FST et les FSCD. Ces définitions doivent permettre de déterminer simplement dans quelle catégorie entre un fournisseur. Ce point sera traité avec la révision en cours du champ d'application de l'OSCPT. Les critères définis pour le passage à une catégorie supérieure ou inférieure en termes d'obligations seront également réexaminés à l'occasion de cette révision.

Le Conseil fédéral considère dès lors qu'il n'est pas nécessaire d'adapter la loi. L'ordonnance doit néanmoins être révisée et les travaux à cet effet sont déjà en cours. Les modifications proposées feront l'objet d'une consultation des milieux concernés.

La répartition des obligations selon les bases légales en vigueur est justifiée par l'intérêt public prépondérant d'une surveillance des télécommunications qui fonctionne correctement. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle peut jouer son rôle de principal moyen de preuve dans les procédures pénales. Pour le Conseil fédéral, la LSCPT prévoit une solution pragmatique pour maintenir à un faible niveau la charge financière qui pèse sur les PME.