

François Charlet / Cédric Bocquet

De l'application de la LSCPT aux fournisseurs de services de VoIP

Die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mithilfe des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) im Rahmen der Straftaten durch VoIP ist sozusagen unmöglich, besonders aufgrund der Ausstrahlungsgeschwindigkeit der Delikte und dadurch, dass diese im Ausland begangen werden. Die Revision des BÜPF wird die Lage grundsätzlich verbessern, die Lösung jedoch liegt in einer stärkeren Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Akteuren, vor allem im internationalen Bereich. Was die VoIP-Anbieter betrifft, sollte mehr Verantwortung von ihnen verlangt werden.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Strafrecht im Informatikrecht; Fernmeldewesen.

Fernmeldenetze

Zitiervorschlag: François Charlet / Cédric Bocquet, De l'application de la LSCPT aux fournisseurs de services de VoIP, in: Jusletter 10. November 2014

Table des matières

- 1 Introduction
- 2 La VoIP
 - 2.1 Définition
 - 2.2 Avantages et inconvénients
 - 2.3 La VoIP : un service OTT
- 3 La VoIP et la loi sur les télécommunications
 - 3.1 Introduction
 - 3.2 Le service de télécommunication
 - 3.3 La VoIP : service de télécommunication ?
 - 3.4 Obligations d'un fournisseur de VoIP selon la LTC
- 4 La surveillance des télécommunications
 - 4.1 La loi sur la surveillance des communications par poste et télécommunications
 - 4.2 Le champ d'application de la LSCPT
 - 4.3 Révision de la LSCPT et extension du champ d'application *ratione personae*
 - 4.4 Le champ d'application territorial de la LSCPT
 - 4.5 La LSCPT face à la réalité
- 5 Exemples et mises en situation
 - 5.1 «Sextorsion»
 - 5.2 Romance Scam
 - 5.3 Suggestions à l'attention du praticien
- 6 Conclusion

1 Introduction

[Rz 1] Les technologies de l'information et de télécommunication sont prisées par les délinquants et criminels pour commettre des infractions portant atteinte à l'honneur, au patrimoine, à la liberté sexuelle, et à l'intégrité physique et psychique notamment. Leur répression nécessite souvent la collaboration des personnes morales qui fournissent ces services de télécommunication, souvent depuis l'étranger, ce qui complique la tâche des autorités de poursuite pénale.

[Rz 2] Le présent article s'intéressera en particulier aux services de VoIP (*Voice over IP*), à leur définition et catégorisation au regard du droit suisse des télécommunications, et à leurs obligations selon ce droit et celui relatif à la surveillance des télécommunications. Il illustrera aussi les problèmes auxquels se heurtent les victimes d'infractions et les autorités de poursuite pénale.

2 La VoIP

2.1 Définition

[Rz 3] En 2002, l'Office fédéral de la communication (OFCOM) constatait¹ une augmentation colossale du trafic Internet et également le développement de services permettant d'acheminer la parole via Internet, « *ce qui est contraire à la tradition établie, qui consiste à acheminer les données sur le réseau téléphonique* ».

[Rz 4] Cette possibilité de transmettre la parole (l'image viendra un peu plus tard) par Internet

¹ OFCOM, « Notice d'information » VoIP, version 1.5 du 9 septembre 2002, p. 2.

sera nommée « *Voice over IP* » (VoIP), IP faisant ici référence à *Internet Protocol*². L'OFCOM la décrit³ comme « *le transport de trafic vocal au moyen de la transmission par paquets sur le protocole Internet [...]. Le trafic VoIP peut être acheminé sur un réseau privé contrôlé ou le réseau Internet public ou une combinaison des deux* ». Aujourd'hui, en plus de la voix, la VoIP permet également de transmettre l'image, ce qui offre la possibilité aux utilisateurs de communiquer oralement et visuellement.

2.2 Avantages et inconvénients

[Rz 5] Au titre des avantages, mentionnons que la VoIP a été l'un des moteurs de la convergence des réseaux et infrastructures. Grâce à cette convergence, la parole n'est plus seulement transportée par le réseau téléphonique, comme elle l'était depuis l'apparition de ce dernier, mais également par les réseaux issus de l'informatique comme Internet⁴. Par ailleurs, ce rapprochement des infrastructures (on pourra peut-être bientôt parler de « confusion » d'infrastructures) permet aussi de passer des appels téléphoniques depuis un ordinateur vers un téléphone fixe ou mobile⁵, ou d'appeler un ordinateur depuis un téléphone standard, le premier s'étant vu attribuer un numéro.

[Rz 6] Pour les utilisateurs, la VoIP est également attractive, car elle permet, moyennant une connexion à Internet, de communiquer (gratuitement ou à très bas coûts) avec des personnes se trouvant à l'étranger, alors qu'un appel téléphonique standard est, encore aujourd'hui en Suisse, relativement onéreux.

[Rz 7] Cependant, la qualité des appels n'est pas encore aussi bonne et stable qu'avec le téléphone fixe ou mobile, du fait probablement que les fournisseurs de services VoIP ne sont bien souvent pas maîtres de l'infrastructure et n'ont donc pas d'emprise sur les délais de transmission des informations. De plus, la perte d'informations (appelées « paquets ») est un événement fréquent sur Internet et elle peut mener à des coupures dans la communication. Ainsi, l'intégrité des données ne peut pas être garantie.

[Rz 8] La majeure partie des services de VoIP chiffre les données qui transitent entre l'appareil de l'appelant et celui de l'appelé. Le chiffrement est un processus appelé cryptographie qui utilise des principes mathématiques pour convertir les données de façon à ce que les informations ne puissent pas être lues par d'autres personnes que leur destinataire.

2.3 La VoIP : un service OTT

[Rz 9] Les services de VoIP sont en règle générale des services *Over The Top*, ou OTT. Cette désignation signifie que le contenu (sons, images et autres médias) est fourni via Internet au moyen de l'infrastructure d'un tiers, au lieu d'utiliser les services proposés par ce tiers. Ces services OTT

² On retrouve par exemple l'abréviation IP dans les termes « adresse IP », celle-ci étant l'identifiant unique d'un appareil sur le réseau, que celui-ci soit privé (local) ou public (global).

³ OFCOM, « Notice d'information » VoIP, p. 2.

⁴ MORSCHER, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, *in*ZBJV 147/2011 p. 177, p. 208.

⁵ L'appelant compose ici le numéro de téléphone du correspondant, ce dernier recevant alors un appel téléphonique tout à fait standard.

sont fournis sans qu'un accord soit nécessaire entre le fournisseur d'accès Internet (FAI) et le fournisseur du service OTT. En d'autres termes, dans le cas d'un service OTT, le FAI n'est responsable que du transport des données qui proviennent d'un tiers, lequel est donc dépendant du FAI pour le bon acheminement de ses données. Zattoo, Netflix, YouTube, Dailymotion, Joost, iTunes Store, etc. sont de tels services OTT.

[Rz 10] En matière de VoIP, on pourra notamment citer Facetime (Apple), Viber, et Google Hangout en tant que services OTT. Ces trois logiciels disponibles pour ordinateurs et smartphones, voire tablettes, se servent d'identifiants existants comme l'adresse e-mail ou le numéro de téléphone portable de l'utilisateur pour créer un compte, lequel permet ensuite d'appeler et de recevoir des appels via Internet. Bien que le numéro de téléphone portable soit souvent exigé pour l'ouverture d'un compte, cela ne signifie pas pour autant que la communication utilise le réseau téléphonique.

[Rz 11] Parmi la pléthore de services de VoIP à disposition, l'un d'eux se démarque particulièrement, non seulement en raison de sa popularité, mais aussi parce qu'il permet d'appeler sur le réseau téléphonique standard : Skype. Ce cas est intéressant, car Skype propose un service OTT gratuit, ainsi qu'un service payant permettant d'appeler sur le réseau téléphonique et de recevoir des appels en provenance de ce même réseau. Cela aura une incidence particulière sur les droits et obligations du service, comme nous le verrons plus bas.

3 La VoIP et la loi sur les télécommunications

3.1 Introduction

[Rz 12] À l'instar de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁶, la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)⁷ est technologiquement neutre⁸. Cela signifie qu'elle ne se réfère pas spécifiquement à des technologies ou moyens techniques particuliers. Ainsi, elle englobe en principe toute nouveauté, sans que le législateur n'ait besoin de réviser la loi pour l'adapter aux changements et évolutions technologiques foudroyants des quinze dernières années, et des années à venir.

[Rz 13] La catégorisation et la réglementation des services de VoIP se feront donc sur la base de la loi sur les télécommunications, bien qu'elle n'envisageait pas spécifiquement cette possibilité au moment de son adoption⁹. Il convient donc de déterminer quel est le régime applicable aux services de VoIP en vertu de la LTC, en particulier si l'on peut les considérer comme des services de télécommunication auxquels cette loi s'appliquerait¹⁰.

⁶ RS 235.1.

⁷ RS 784.10.

⁸ FF 1996 III 1361. Cf. par ex. p. 1386 (ad art. 16 LTC) : « *Le développement technologique impose que la loi présente une définition du service téléphonique aussi indépendante que possible des aspects temporels et technologiques* ». Voir aussi MOR-SCHER, *op. cit.*, p. 208.

⁹ FF 1996 III 1361.

¹⁰ Art. 2 LTC.

3.2 Le service de télécommunication

[Rz 14] La LTC définit¹¹ le *service de télécommunication* comme « la transmission d'informations pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication ». Cette acception repose sur trois conditions : l'existence d'une transmission au moyen de techniques de télécommunication, l'existence d'informations, et la présence de tiers auxquels est destinée cette transmission.

1. La *transmission au moyen de techniques de télécommunication* consiste¹² en « l'émission ou la réception d'informations, sur des lignes ou par ondes hertziennes, au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques ». Il convient ici de relever que l'élément essentiel est la transmission d'informations au moyen de techniques de télécommunication et non pas le mode de transmission ; que cette transmission se fasse par une liaison point à point ou par une liaison commutée n'a aucune importance¹³. Selon la jurisprudence, l'échange d'e-mails par Internet équivaut à une telle transmission. En particulier, les services de FAI sont en principe catégorisés comme (fournisseurs de) services de télécommunication et tombent dans le champ d'application de la LTC¹⁴.
2. L'*information*, quant à elle, est constituée¹⁵ de « signes, signaux, caractères d'écriture, images, sons et représentations de tout autre type destinés aux êtres humains, aux autres êtres vivants ou aux machines ».
3. La dernière condition a trait à la mise à disposition du service de télécommunication pour le compte des tiers. On trouve une esquisse d'explication à l'art. 2 de l'Ordonnance sur les services de télécommunication (OST)¹⁶. Aux termes de cette disposition, le fait de transmettre des informations notamment à l'intérieur d'un bâtiment, au sein d'une entreprise ou entre sociétés d'un même groupe (société mère, filiales, succursales, etc.) ou au sein de corporations de droit public ou entre elles ne constitue pas une fourniture de service de télécommunication.

3.3 La VoIP : service de télécommunication ?

[Rz 15] L'application pratique de ces trois conditions aux services de VoIP ne devrait pas soulever d'obstacle particulier. Comme on l'a vu *supra*, un service de VoIP permet effectivement à ses clients de transmettre des informations (la voix, l'image voire du texte, par exemple) au moyen de techniques de télécommunication, selon l'art. 3 lit. c LTC.

[Rz 16] Cependant, MORSCHER¹⁷ considère que comme ces services VoIP sont, dans l'écrasante majorité des cas, des services OTT, on ne peut pas les qualifier de fournisseurs de services de télécommunication au sens de la LTC. Ce point de vue s'appuie sur le fait que ces services ne font souvent qu'établir une connexion directe entre utilisateurs pour transmettre les informations. Le flux d'informations ne passant pas par une infrastructure centralisée, à l'inverse des appels télé-

¹¹ Art. 3 lit. b LTC.

¹² Art. 3 lit. c LTC.

¹³ FF 1996 III 1361, 1381 (ad art. 3 LTC).

¹⁴ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6437/2008 du 16 février 2009, consid. 3 et les références. Cf. aussi : arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7278/2007 du 29 avril 2008, consid. 5.3.2.

¹⁵ Art. 3 lit. a LTC.

¹⁶ RS 784.101.1.

¹⁷ MORSCHER, *op. cit.*, pp. 208 s.

phoniques standards par exemple, on ne pourrait pas qualifier ces services VoIP de fournisseurs de services de télécommunication au sens de la LTC.

[Rz 17] Cette conception ne peut pas être suivie, car elle repose sur un argument purement technique. En effet, ni la loi sur les télécommunications, son ordonnance ou le Message du Conseil fédéral relatif à cette loi ne prévoient que pour être qualifié de fournisseur de services de télécommunication, le fournisseur doit exploiter une infrastructure de transmission d'informations. Par ailleurs, l'OFCOM considère¹⁸ à juste titre que « *la construction ou l'exploitation de manière totalement ou partiellement indépendante d'une infrastructure de transmission n'est [...] pas une condition pour qu'un fournisseur soit qualifié de fournisseur de services de télécommunication* ». Cette interprétation doit être suivie notamment afin d'éviter d'exclure de la définition les services VoIP qui, dans la grande majorité des cas, ne possèdent ou n'exploitent pas leur propre infrastructure de télécommunication pour l'acheminement des informations. Cette exclusion pourrait avoir des répercussions quant aux droits et obligations de ces fournisseurs en matière.

[Rz 18] L'OFCOM ajoute néanmoins une condition¹⁹, qui ne se trouvait pas dans son appréciation²⁰ de la situation en 2002 : pour qu'un fournisseur de services de télécommunication soit considéré comme tel, il doit être au bénéfice d'un « *rapport contractuel de droit privé avec au moins un client final ou un autre fournisseur de services de télécommunication* ». Selon l'Office, doivent notamment figurer dans le contrat au titre des éléments essentiels : la description du service offert, les conditions auxquelles la prestation est proposée, sa qualité, son prix et des dispositions relatives à la responsabilité et à la résiliation du contrat.

[Rz 19] La concrétisation de cette condition ne posera de manière générale aucun problème particulier puisque les services de VoIP sont ordinairement soumis à des conditions générales d'utilisation²¹ (CGU), lesquelles précisent les éléments évoqués ci-dessus. Ces CGU constituent un contrat préformulé par le fournisseur du service de VoIP à l'attention de l'utilisateur²², ce contrat étant conclu par l'acceptation des CGU en question puis par l'utilisation du service.

[Rz 20] Il ne fait donc pas de doute, au vu de ce qui précède, que la VoIP est un service de télécommunication selon l'art. 3 lit. b LTC, s'il est destiné à l'usage de tiers, et que la personne (physique ou morale) qui propose un tel service est un fournisseur de services de télécommunication au sens de la loi sur les télécommunications.

[Rz 21] Cette catégorisation aura plusieurs effets juridiques, en particulier sur les obligations de ces fournisseurs, comme nous le verrons *infra*.

[Rz 22] Il est intéressant de noter que les services de VoIP comme Skype ne souhaitent pas voir leur statut changer et se voir imputer de plus grandes responsabilités. En France par exemple, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a saisi en 2013 le Procureur de la République par le biais d'une plainte pénale car Skype refuse de s'annoncer en tant qu'opérateur de télécommunications, ce qui lui évite d'assumer les obligations découlant du ser-

¹⁸ OFCOM, Guide relatif au formulaire d'annonce pour la fourniture de services de télécommunication, 7e édition, du 1er mai 2010, p. 5.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ OFCOM, « Notice d'information » VoIP, pp. 8 ss.

²¹ Les conditions générales sont des clauses contractuelles pré-formulées décrivant de manière générale tout ou partie du contenu d'un contrat de consommation. Voir notamment : TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5e édition, Genève/Zurich/Bâle 2012, n° 860.

²² A ce sujet, cf. MARCHAND, *Droit de la consommation : le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève 2012, p. 140.

vice universel²³. La procédure lancée par l'ARCEP a seulement trait aux services offerts par Skype permettant de téléphoner vers des lignes fixes ou mobiles standards, et non aux services de *peer-to-peer*.

3.4 Obligations d'un fournisseur de VoIP selon la LTC

[Rz 23] Un fournisseur de services de télécommunication, une fois reconnu comme tel par la LTC, sera tenu de respecter un certain nombre d'obligations. En particulier, il aura l'obligation de s'annoncer auprès de l'OFCOM²⁴, d'observer le secret des télécommunications²⁵ et de fournir des informations aux autorités en charge de l'application de la loi sur les télécommunications²⁶. Bien que cela ne soit plus expressément mentionné dans la LTC²⁷, les fournisseurs de services de télécommunication sont soumis à la loi fédérale sur la surveillance des communications par poste et télécommunications (LSCPT)²⁸ (cf. *infra*).

[Rz 24] Alors qu'un service de VoIP doit être annoncé à l'OFCOM en vertu de la loi, la pratique est un peu différente. En effet, l'OFCOM n'enregistre pas les services qui ne sont offerts que sur Internet ou qui sont des services OTT, s'ils n'utilisent pas des ressources d'adressage²⁹ pour recevoir ou passer un appel. Ainsi, les services comme Facetime, Viber ou Google Hangouts ne sont pas annoncés, alors que Skype l'est³⁰. Cela n'a pourtant aucune incidence sur les autres obligations auxquelles restent astreints les fournisseurs de service de télécommunication.

4 La surveillance des télécommunications

4.1 La loi sur la surveillance des communications par poste et télécommunications

[Rz 25] L'adoption en 2000 de la LSCPT répondait à deux nécessités. Il fallait premièrement prévoir dans quelles conditions une surveillance pouvait être considérée comme licite et ainsi créer un motif justificatif permettant de justifier une grave atteinte à des droits fondamentaux tels que la protection de la sphère privée et le respect des communications par poste et télécom-

²³ Via [http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&L=0&tx_gsactualite_pi1\[uid\]=1593&cHash=776a7927e2d50b767ddd1ca984967194](http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&L=0&tx_gsactualite_pi1[uid]=1593&cHash=776a7927e2d50b767ddd1ca984967194)(dernière consultation en octobre 2014) ; En Suisse, l'étendue du service universel est régie par l'art. 16 LTC.

²⁴ Art. 4 LTC.

²⁵ Art. 43 LTC.

²⁶ Art. 59 LTC.

²⁷ Cette mention se trouvait à l'art. 44 LTC, abrogé par le ch. II 31 de la LF du 20 mars 2008 relative à la mise à jour formelle du droit fédéral, avec effet au 1er août 2008 (RO 2008 3437; FF 2007 5789). L'art. 44 LTC renvoyait à la loi sur la surveillance des communications par poste et télécommunications, qui s'appliquait de toute façon en la matière.

²⁸ RS 780.1

²⁹ Dans ce cas, la ressource d'adressage en question est le « numéro E.164 », en référence à la recommandation E.164 de l'Union Internationale des Télécommunications qui définit la structure des numéros de téléphone au niveau international et définit aussi les indicatifs internationaux de chaque pays. Cf. <http://www.itu.int/rec/T-REC-E.164>(dernière consultation en octobre 2014).

³⁰ Cf. la liste des fournisseurs de services de télécommunication annoncés à l'OFCOM, <http://www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00462/00794/index.html?lang=fr> (dernière consultation en octobre 2014).

munications³¹. Ensuite, il devenait nécessaire de légiférer au niveau fédéral dans un seul texte législatif clair et uniforme³² dans le but de donner une réponse efficace aux infractions amenées par le développement des nouvelles technologies. En effet, au vu de l'évolution de ces dernières et de leur utilisation grandissante pour commettre tout type d'acte illicite, il devenait essentiel de donner une base légale aux autorités de poursuite pénale pour utiliser des moyens licites adaptés à ces nouvelles évolutions³³. De plus, en raison de la libéralisation du domaine des postes et des télécommunications qui allait entraîner la fin des monopoles étatiques, il devenait indispensable de disposer de bases solides afin de travailler avec de nouveaux et multiples opérateurs privés³⁴.

[Rz 26] Au vu des motifs ayant conduit à l'adoption de cette loi, il semble clair que le législateur a souhaité disposer d'une loi tournée vers le futur et anticipant certaines évolutions. C'est l'une des raisons pour lesquelles il a été décidé de créer une loi technologiquement neutre en renvoyant le terme de « service de télécommunication » à la définition de la loi sur les télécommunications (cf. *supra*). Le Conseil fédéral a expressément spécifié dans son Message que la LSCPT devrait s'appliquer à tout type de service de télécommunication même « ceux qui seront offerts dans l'avenir »³⁵.

[Rz 27] Au vu de l'évolution rapide des technologies et de l'utilisation qui en est faite par les criminels, une révision totale de la loi est en cours de débat devant les chambres fédérales³⁶. Il s'agit notamment de mieux prendre en compte les nouvelles évolutions des techniques de surveillance et d'ainsi permettre aux autorités de poursuite pénale de les utiliser et d'effectuer une surveillance plus efficace³⁷.

4.2 Le champ d'application de la LSCPT

[Rz 28] La LSCPT règle les conditions auxquelles une surveillance de la correspondance par postes et télécommunications peut être effectuée. Elle permet de concilier la protection des droits fondamentaux des individus et, notamment, les besoins des autorités pénales de pouvoir obtenir des informations pour la poursuite d'infractions.

[Rz 29] Le premier aspect de la loi a trait au cadre dans lequel une surveillance peut être mise en place. La loi prévoit trois cas³⁸ : pour les besoins d'une procédure pénale fédérale ou cantonale, pour l'exécution d'une demande d'entraide pénale internationale (cf. Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, EIMP ; RS 351.1) et dans le cadre d'une recherche et du sauvetage de personnes disparues. Nous ne nous focaliserons ici que sur la première possibilité.

[Rz 30] La volonté du législateur de ne permettre une atteinte aux droits fondamentaux que dans des cas spécifiques et dont la gravité justifie une telle atteinte apparaît clairement ; il faut dès lors

³¹ FF 1998 3702—3703 ; PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess Juristische Medien AG 2006, p. 611 ss.

³² FF 1998 3073.

³³ PIQUEREZ, *op. cit.*, p. 611 ss.

³⁴ FF 1998 3073.

³⁵ FF 1998 3703—3704 ; OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, Stämpfli Juristische Lehrbücher 2012, n° 1181.

³⁶ Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LSCPT du 27 février 2013, FF 2013 2379 ; KESSLER/ISENRING, *Die geplante Total-Revision des BÜPF im Überblick, Sicherheit & Recht 1/2011*, p. 24 ss.

³⁷ FF 2013 2381, 2385—2386 ; KESSLER/ISENRING, *op. cit.*, p. 25.

³⁸ Art. 1 al. 1 LSCPT.

comprendre qu'une surveillance n'est pas possible dans d'autres procédures, notamment civiles, hormis dans le cas où elles sont liées à une procédure pénale³⁹. De plus il a été décidé de limiter encore plus les cas de surveillance en listant de manière exhaustive les infractions ouvrant la possibilité d'une surveillance. Cette liste se trouve actuellement à l'art. 269 du Code de procédure pénal (CPP)⁴⁰. D'autres règles restreignant la surveillance et prévoyant des procédures strictes ont été édictées⁴¹. Nous n'entrerons pas dans les détails, ces règles n'étant pas l'objet de la présente contribution.

[Rz 31] Au sujet du champ d'application personnel de la loi, l'art. 1 al. 2 LSCPT prévoit qu'elle s'applique à « *tous les organismes étatiques, aux organismes soumis à concession ou à l'obligation d'annoncer qui fournissent des services (...) de télécommunication ainsi qu'aux fournisseurs d'accès à Internet* ». Nous allons nous intéresser plus particulièrement aux deux dernières catégories, soit les organismes soumis à l'obligation d'annoncer fournissant des services de télécommunication et aux fournisseurs d'accès à Internet⁴².

[Rz 32] Concernant la définition de fournisseur d'accès à Internet, il faut se référer à l'art. 2 de l'ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT)⁴³ qui renvoie lui-même à une annexe à l'ordonnance. Au sens de la définition de cette annexe⁴⁴, il faut comprendre comme fournisseur d'accès à Internet, « *le fournisseur de services de télécommunication ou le secteur d'un fournisseur de services de télécommunication qui offre une prestation publique de transmission d'informations sur la base de la technologie IP et d'adresses IP* ». Un simple fournisseur de service de messagerie électronique ne sera donc pas considéré comme un fournisseur d'accès à Internet.

[Rz 33] Par rapport aux organismes soumis à l'obligation d'annonce qui fournissent un service de télécommunication, la LSCPT renvoie aux définitions de la LTC⁴⁵, nous nous référerons donc à ce qui a déjà été dit *supra* et considérerons que les services de VoIP sont bien des services de télécommunications. Il sied de préciser que dès qu'il y a une obligation d'annonce au sens de la LTC, le fournisseur de service de télécommunication sera soumis aux obligations de la LSCPT⁴⁶.

4.3 Révision de la LSCPT et extension du champ d'application ratione personae

[Rz 34] En 2006, HANSJAKOB critiquait déjà la rédaction trop limitative de l'art. 1 al. 2 LSCPT, qui ne permettait pas de prendre en compte directement tous les fournisseurs de services qui détiennent les données utiles à une procédure pénale⁴⁷. La modification de cette problématique

³⁹ HANSJAKOB, BÜPF/VÜPF Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Universität St. Gallen 2006, p. 111.

⁴⁰ Avant 2011 : art. 3 ss LSCPT.

⁴¹ Cf. art. 270 ss CPP.

⁴² HANSJAKOB, *op. cit.*, pp. 387—388.

⁴³ RS 780.11.

⁴⁴ Art. 2 Annexe ch. 1 OSCPT ; PIQUEREZ, *op. cit.*, n° 953.

⁴⁵ PIQUEREZ, *op. cit.*, n° 953 ; HANSJAKOB, *op. cit.*, p. 120 ss.

⁴⁶ Selon HANSJAKOB, cela poserait un problème, car les fournisseurs de services qui ne fournissent que du service et non pas de l'accès à Internet ne seraient pas soumis à l'obligation d'annoncer et, par conséquent, ne seraient pas soumis à la LSCPT ; HANSJAKOB, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁷ HANSJAKOB, *op. cit.*, p. 122 et 124.

fait partie du Message du Conseil fédéral quant à la révision de la LSCPT⁴⁸.

[Rz 35] En effet, l'un des points phares de cette révision est l'élargissement du champ d'application à raison des personnes. Le projet de loi ne lie plus l'assujettissement à la LSCPT à l'obligation d'annonce de la LTC. Il sera dès lors possible que des fournisseurs de service de télécommunication qui ne sont pas soumis à l'obligation d'annonce au sens de la LTC doivent respecter les obligations de la LSCPT⁴⁹.

[Rz 36] Le projet de loi va encore plus loin en ajoutant une catégorie permettant de capter les fournisseurs de service qui échappaient à la loi actuelle⁵⁰ : les fournisseurs de service dits « dérivés ». Il s'agit de fournisseurs de service de télécommunication utilisant le réseau de fournisseurs d'accès pour exécuter leurs services. Ces fournisseurs de service ne transportent pas eux-mêmes les données de leurs clients. Il s'agit, au sens du Message du Conseil fédéral, « *des fournisseurs de services Internet qui permettent une communication unilatérale, rendant possible le chargement de documents (...) et ceux qui permettent une communication multilatérale, rendant possible la communication entre usagers (...)* »⁵¹. Dans la liste que dresse le Conseil fédéral des services qui pourraient tomber sous le spectre de cette extension de la loi, le cas de la VoIP *peer-to-peer*, et spécifiquement celle offerte par Skype, est mentionné. Il sera dès lors possible, si la loi est adoptée par le Parlement fédéral, de requérir de Skype une surveillance. Il s'agit là d'une modification et d'une clarification bienvenue afin d'offrir aux autorités de poursuite pénale des moyens d'action adaptés aux besoins actuels et au mode d'utilisation d'Internet.

4.4 Le champ d'application territorial de la LSCPT

[Rz 37] Il reste cependant un écueil de taille. Malgré ces volontés et ces projets de modifications législatives, le champ d'application territoriale de la loi empêche une application complète et efficace des principes de surveillance. En effet la plupart des services de VoIP ont leur siège et la totalité de leurs serveurs à l'étranger, le plus souvent aux Etats-Unis. De par le principe général d'application territoriale du droit, il est dès lors délicat de forcer ces fournisseurs à appliquer les règles de surveillance du droit suisse⁵². Le Conseil fédéral est conscient de ce point et le mentionne expressément dans le Message relatif à la nouvelle loi⁵³.

[Rz 38] Afin de déterminer l'application territoriale de la loi, il sied de regarder en premier lieu si le fournisseur de service de télécommunication a son siège en Suisse. À cet égard, il peut suffire que les données transitent par la Suisse et qu'elles puissent y être saisies et modifiées pour que la loi soit applicable⁵⁴. Nous pensons que ce raisonnement peut poser un problème, car Internet ne fonctionne pas de la même manière que le téléphone standard. En effet, avec ce dernier, le canal de communication est établi avant que la communication intervienne ; les données circulent d'un

⁴⁸ FF 2013 2379.

⁴⁹ Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LSCPT du 27 février 2013, FF 2013 2390—2391 et 2403 ; art. 2 lit. b du Projet de LSCPT, FF 2013 2483.

⁵⁰ Art. 2 lit. c du Projet de LSCPT, FF 2013 2484.

⁵¹ Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LSCPT du 27 février 2013, FF 2013 2404.

⁵² SCHNEIDER, Internet Service Provider im Spannungsfeld zwischen Fernmeldegeheimnis und Mitwirkungspflichten bei der Überwachung des E-mail-Verkehrs über das Internet, AJP 2005 p. 179, p. 182.

⁵³ Message du Conseil fédéral concernant la révision de la LSCPT du 27 février 2013, FF 2013 2404.

⁵⁴ SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 182.

point A à un point B selon un chemin déterminé. Sur Internet, le chemin des données n'est pas établi à l'avance, ce qui signifie qu'un e-mail envoyé depuis l'Espagne vers l'Allemagne peut emprunter différents chemins, y compris ceux situés en Suisse où il sera possible d'intercepter les données⁵⁵.

[Rz 39] Dès lors, faire dépendre l'application de la LSCPT d'un élément technique nous apparaît peu opportun. Il nous semble que s'en tenir aux règles de l'entraide pénale internationale et aux dispositions du Code pénal (CP) relatives à l'application territoriale⁵⁶ soit plus judicieux afin de garantir que la LSCPT puisse s'appliquer. À cet égard, il faut rappeler que, depuis le 1er janvier 2012, la Convention sur la cybercriminalité⁵⁷ est en vigueur en Suisse ; cet instrument prévoit que les parties à la Convention s'accordent l'entraide pour la collecte ou l'enregistrement en temps réel de données relatives au contenu de communications spécifiques transmises au moyen d'un système informatique⁵⁸.

4.5 La LSCPT face à la réalité

[Rz 40] En pratique cependant, il faut être réaliste. La surveillance des télécommunications est compliquée à mettre en œuvre lorsqu'il y a un élément d'extranéité, lorsque la communication provient de l'étranger, lorsque les infrastructures à surveiller se trouvent dans un autre Etat, ou lorsqu'il n'y a pas d'infrastructure particulière à surveiller. Elle implique d'ailleurs la collaboration de nombreux acteurs (autorités de poursuite pénale, départements fédéraux, police, opérateurs de télécommunications, intermédiaires techniques, fournisseurs d'accès à Internet, etc.).

[Rz 41] Comme mentionné *supra*, si les communications téléphoniques sont relativement « simples » à surveiller, la VoIP pose un autre problème, en particulier lorsqu'elle repose sur un système pair-à-pair (P2P) qui n'implique aucune infrastructure centrale par laquelle transitent toutes les données d'un service. HANSJAKOB le relevait déjà⁵⁹ en se référant spécifiquement à Skype, les communications effectuées par Skype sont non seulement chiffrées, mais elles ne transitent pas par un serveur centralisé où il serait possible d'effectuer une surveillance. La seule solution, à l'heure actuelle, serait donc d'installer, sur le périphérique concerné, un « cheval de Troie » dont le but serait de transmettre aux autorités de poursuite les données de communications avant leur chiffrement ou après leur déchiffrement. Un tel logiciel constitue un autre dispositif de surveillance au sens de l'art. 280 CPP⁶⁰, actuellement non expressément prévu par le CPP ou la LSCPT, mais qui devrait faire l'objet d'une réglementation spéciale une fois la révision de la LSCPT adoptée⁶¹.

[Rz 42] Quelques exemples ont été sélectionnés et illustrés ci-dessous pour démontrer que la surveillance des télécommunications, si elle se révèle utile voire indispensable dans de nombreux cas, il en est où elle n'est d'aucun secours.

⁵⁵ Voir notamment http://fr.wikipedia.org/wiki/Suite_des_protocoles_Internet (dernière consultation en octobre 2014).

⁵⁶ Cf. en particulier les art. 3 et 8 CP, ainsi que l'art. 6 CP.

⁵⁷ RS 0.311.43.

⁵⁸ Art. 34 de la Convention sur la cybercriminalité.

⁵⁹ HANSJAKOB, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁰ MÉTILLE, Mesures techniques de surveillance et respect des droits fondamentaux, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn 2011, n° 337.

⁶¹ Le CPP serait modifié par l'ajout, notamment, d'un art. 269ter relatif à l'utilisation de programmes informatiques spéciaux de surveillance de la correspondance par télécommunication. Voir FF 2013 2483, spéc. 2501.

5 Exemples et mises en situation

[Rz 43] La VoIP ne permet pas en tant que telle de commettre une pléthore d'infractions pénales, mais certaines méritent d'être mentionnées, car elles représentent, pour le praticien, les cas les plus probables. Nous ne nous attarderons pas sur des questions de qualification juridique, mais plutôt sur les possibilités de surveillance dans le but de démasquer les auteurs d'infractions.

5.1 «Sextorsion»

[Rz 44] Ce terme provient de la contraction de « sexe » et « extorsion ». Le Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI)⁶² décrit le phénomène comme suit. L'auteur se fait passer en général pour une femme très attrayante et prend contact avec des personnes (en majorité des hommes) sur un réseau social. Il tente ensuite de les amener à discuter via un service de VoIP afin d'obtenir d'elles des actes à caractère sexuel, qu'elles effectuent devant une webcam. L'auteur enregistre tout et menace ensuite la victime de publier les images ou les vidéos sur Internet si elle ne paie pas une certaine somme d'argent⁶³.

[Rz 45] La qualification juridique d'un tel acte répond à celle du chantage et de l'extorsion, que réprime l'art. 156 du CP. Cette disposition fait partie du catalogue d'infractions qu'énumère l'art. 269 al. 2 CPP et qui autorise, moyennant que les conditions de l'alinéa 1 soient remplies, qu'une surveillance soit ordonnée.

[Rz 46] Cependant, dans le cas que nous venons d'exposer, la rapidité avec laquelle les faits se sont produits et la très brève échéance laissée à la victime pour payer la somme réclamée (en général moins de 48 heures) rendent toute tentative d'installation d'une surveillance quasiment inefficace. En effet, si la victime ne paie pas dans le délai imparti, les images seront *in fine* publiées sur Internet, en général sur YouTube, où il suffira de signaler la vidéo au service pour qu'il la retire rapidement. L'affaire s'arrêtera en général à ce stade. Par ailleurs, les auteurs de ces infractions opèrent généralement depuis l'étranger, en particulier depuis la Côte d'Ivoire en ce qui concerne les victimes francophones⁶⁴.

[Rz 47] Ces différents éléments rendent *de facto* toute surveillance absolument inutile. De même, la répression n'a que peu de chance de succès et le recouvrement de la somme versée, si elle l'a été, relève de la très haute improbabilité.

5.2 Romance Scam

[Rz 48] Le *romance scam* est une variante moins violente de l'extorsion précitée, car elle fait appel aux sentiments de la victime. Celle-ci croit rencontrer l'âme sœur, par exemple sur un site de dialogue en direct, un site de rencontres ou un réseau social. Une complicité se noue au fil des discussions, mais en réalité, la victime dialogue avec un escroc qui utilisera cette relation pour lui

⁶² <http://www.cybercrime.admin.ch>(dernière consultation en octobre 2014).

⁶³ Voir l'alerte du SCOCI à ce sujet : <http://www.cybercrime.admin.ch/kobik/fr/home/warmmeldungen/2014/2014-07-17.html>(dernière consultation en octobre 2014).

⁶⁴ Voir le site de la police ivoirienne : <http://cybercrime.interieur.gouv.ci/?q=node/182>.

demander de l'argent⁶⁵.

[Rz 49] La qualification juridique de l'infraction semble être l'escroquerie⁶⁶. Cependant, elle sera compliquée à appliquer au vu des éléments constitutifs qui sont nécessaires pour qu'elle soit retenue. En particulier, l'existence de l'astuce pourrait être problématique, comme l'explique le Tribunal fédéral⁶⁷.

[Rz 50] En matière de surveillance des télécommunications, l'on sera confronté aux mêmes difficultés que nous venons d'énoncer concernant la *sextorsion*.

5.3 Suggestions à l'attention du praticien

[Rz 51] Le praticien cherchera, en guise de « mesure préventive » à toute répétition de ces infractions, à faire fermer les différents comptes utilisés par l'auteur. Il s'adressera donc au réseau social concerné (Facebook, dans la majorité des cas) ainsi qu'au service de VoIP utilisé (bien souvent, ce sera Skype) en fournissant les indications nécessaires pour identifier les comptes utilisés pour commettre l'infraction et demander leur fermeture, en mentionnant expressément qu'ils servent à commettre des délits et des crimes.

[Rz 52] Evidemment, la mesure, si elle est acceptée par les services Internet, ne compliquera pas bien longtemps la tâche des délinquants. Pourtant, par le biais de l'entraide pénale internationale s'il y a un élément d'extranéité, des services de VoIP comme Skype devraient être en mesure de fournir les adresses IP des appareils connectés dont on s'est servi pour commettre ces infractions. En effet, malgré que la communication ne passe en principe pas par leur infrastructure mais se fait directement entre utilisateurs (P2P), l'identification et l'authentification de l'utilisateur se fait avec les serveurs du service de VoIP, qui doivent en principe garder un journal de ces connexions. Une fois en possession de ces données secondaires de connexion⁶⁸ (aussi appelées *metadata*), il sera en théorie possible de déterminer le pays et le FAI de l'auteur de l'infraction.

6 Conclusion

[Rz 53] La VoIP est une technologie moderne et fiable. Elle rend d'innombrables services et elle est peu onéreuse pour les consommateurs. Avec le fait que ce service est fourni par des sociétés sises à l'étranger, cet aspect en fait un canal de choix pour commettre des infractions en tout genre, en particulier pour porter atteinte au patrimoine ou à l'honneur d'une personne.

[Rz 54] On l'a vu, la surveillance des télécommunications n'est, dans pareils cas, pas d'un grand

⁶⁵ Explications du SCOCI, http://www.cybercrime.admin.ch/kobik/fr/home/gefahren/vermoegensdelikte/romance_scam.html (dernière consultation en octobre 2014).

⁶⁶ Art. 146 CP.

⁶⁷ ATF 126 IV 165, JdT 2001 IV 77 : « Celui qui aurait pu se protéger avec un minimum d'attention ou aurait pu éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre de lui, n'est pénalement pas protégé. [...] Selon la jurisprudence, la tromperie est astucieuse lorsque l'auteur met en place tout un édifice de mensonges ou utilise des machinations particulières ou des manœuvres frauduleuses. [...] Pour examiner la question de l'astuce, il ne faut pas se demander, en se basant sur une conception purement objective des choses, comment une personne moyennement raisonnable et expérimentée aurait réagi à la tromperie. Au contraire, il faut tenir compte de la situation personnelle et de la difficulté d'autoprotection de la personne concernée par le cas concret [...]. L'astuce est exclue uniquement si la victime n'a pas observé les mesures de précaution fondamentales ».

⁶⁸ Le chiffre 7 de l'Annexe à l'OSCPT parle de données relatives au trafic et à la facturation.

secours. Les autorités suisses et le praticien se heurteront en particulier au mutisme des fournisseurs de services de VoIP, se dédouanant du comportement de leurs utilisateurs et se réfugiant derrière la territorialité du droit ainsi que de leur manque de contrôle du système *peer-to-peer* pour refuser de faire des démarches afin de permettre l'identification d'auteurs d'infraction.

[Rz 55] Il est dès lors nécessaire de développer des outils techniques permettant de surveiller les conversations effectuées par les services de VoIP et de pouvoir capter ces nouveaux flux de données. Le projet du Conseil fédéral va dans ce sens et si la nouvelle loi devait être adoptée par le Parlement, les autorités pénales seraient mieux armées pour surveiller ces outils de communications.

[Rz 56] Il est cependant regrettable, à ce stade, que les fournisseurs de services de VoIP puissent se réfugier derrière leur droit national pour refuser de livrer des informations qui pourraient aider à combattre la (cyber)criminalité. A cet égard, la révision de la LSCPT va dans le bon sens. Reste à accroître la coopération internationale, et à pouvoir contraindre les fournisseurs à livrer les données lorsqu'une procédure pénale est pendante. La route est encore longue. . .

FRANÇOIS CHARLET / CÉDRIC BOCQUET, Master en droit, criminalité et sécurité des technologies de l'information, avocats stagiaires chez Me Sébastien Fanti.