



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame la Conseillère fédérale
Eveline Widmer-Schlumpf
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Réf. : MFP/15006905

Lausanne, le 18 août 2010

Avant-projet visant à réviser la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) – Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie d'avoir sollicité son avis sur le projet de loi visant à modifier la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication.

Après avoir mené une consultation auprès des organismes concernés du canton, il a l'honneur de vous faire part de ses déterminations.

I. GENERALITES

L'avant-projet du 30 avril 2010 a pour but de faire de la LSCPT une loi conforme à l'évolution des techniques et usages en matière de télécommunication, adaptée aux besoins actuels d'interception des données et harmonisée avec le nouveau Code de procédure pénale suisse (CPP). Cette révision accompagne également la mise en exploitation du nouveau système de surveillance baptisé ISS.

Les dispositions mises en consultation constituent des progrès notables en matière de surveillance par poste et télécommunication. Il en va d'abord de la suppression de l'indemnisation des personnes qui exécutent les surveillances. On salue également l'allongement du délai de conservation des données et la possibilité de rechercher par ces moyens des personnes condamnées. Il contient enfin des dispositions pénales permettant de sanctionner de manière efficace les personnes soumises à cette loi qui ne respecteraient pas certaines des obligations fondées sur celle-ci.

Comme mentionné précédemment, l'avant-projet mis en consultation supprime l'indemnisation des personnes qui exécutent des surveillances en vertu de la LSCPT (art. 30 al. 1 du projet LSCPT). Toutefois, l'émolument que l'autorité qui a ordonné la surveillance doit verser au service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SSCPT) demeure (art. 30 al. 2 projet LSCPT). Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud se félicite de cette proposition de supprimer l'indemnisation, d'autant plus qu'elle mettra fin au débat lancé par les banques, qui, se prévalant des indemnités versées aux opérateurs, réclament à leur tour une indemnisation pour la

production de documents. Le gouvernement vaudois sera néanmoins attentif à ce que les émoluments que devra payer l'autorité de poursuite pénale au SSCPT soient raisonnables et n'induisent pas de charges supplémentaires pour le canton. Il ne faudrait notamment pas que le paiement des émoluments fixés par le Conseil fédéral produise un excédent de couverture au DFJP. Le Conseil d'Etat souhaiterait que les cantons soient consultés sur la future ordonnance qui fixera ces émoluments.

Compte tenu de ce qui précède et sous la réserve du montant des émoluments mentionnés précédemment, force est de constater que les modifications évoquées ci-dessus apportent globalement une amélioration certaine à la situation actuelle. Les autorités judiciaires vaudoises consultées se félicitent notamment que certaines difficultés rencontrées actuellement par les autorités d'instruction pénales puissent trouver une issue favorable. Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud soutient donc pleinement et fortement la proposition du Conseil fédéral telle qu'elle figure dans l'avant-projet mis en consultation. Cependant, celui-ci crée un certain nombre d'incertitudes ou laisse certaines questions sans réponse. Il y est fait état ci-après.

II. REMARQUES PARTICULIERES

Ad art. 1 et 2 LSCPT

Ces dispositions définissent le champ d'application de la loi, tant à raison de la matière (art. 1) que des personnes (art. 2). Si l'avant-projet amène un progrès dans la cohérence par rapport à la loi actuelle, il reste cependant flou.

Ainsi, s'agissant du champ d'application matériel, l'article 1, alinéa 1 fait état de "*la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, y compris par Internet*". Que faut-il entendre au juste par "*correspondance*"? L'avant-projet ne définit pas cette notion. S'agit-il du moyen d'échange d'idées entre deux ou plusieurs personnes? Dans ce contexte, le terme "*Internet*" est également assez vague. L'exposé des motifs (ch. 2.1, art. 1 p. 15) évoque "*la correspondance par Internet, qui comprend notamment la correspondance par messagerie électronique et la téléphonie par Internet*". Le terme "*notamment*" n'aide pas à la clarté de la compréhension et fait craindre que cette procédure, assez lourde, s'impose dans des domaines voisins de la messagerie à proprement parler. Le texte de loi, ou le commentaire de l'article, devrait être précisé afin d'éviter que la LSCPT se voie étendue à toute communication sur le web. Dans tous les cas, la collecte de données relatives à des messages postés sur des blogs, à des commentaires destinés à un nombre indéterminé de destinataires ou encore à de simples actes d'achat sur le web ne devrait pas être soumise à cette procédure.

Quant au champ d'application personnel, qui est assez clair dans la législation actuelle (dont l'art. 1 al. 2 LSCPT se réfère "*à tous les organismes étatiques, aux organismes soumis à concession ou à l'obligation d'annoncer qui fournissent des services postaux ou de télécommunication ainsi qu'aux fournisseurs d'accès à Internet*"), l'avant-projet prévoit de l'étendre d'une manière sensible puisque seraient désormais concernés, outre

"les fournisseurs de services postaux et de télécommunication, y compris les fournisseurs d'accès à Internet, qui exercent leur activité à titre professionnel" (art. 2 al. 1 let a), *"les personnes qui, à titre professionnel, administrent des données de communication pour les personnes mentionnées à la let. a, transfèrent à des tiers des données de communication ou mettent à disposition l'infrastructure nécessaire à cet effet"* (art. 2 al. 1 let. b). Or le caractère assez vague de la notion de *"données de communication"* n'aide pas à déterminer précisément quelles sont les personnes visées par la let. b, ce qui ne favorise dès lors pas une distinction claire du champ d'application personnel de la loi.

L'exposé des motifs (ch. 2.1 art. 2 p. 16) indique que sont par exemple concernés les fournisseurs d'hébergement (Service-Provider; Hosting-Provider) sur Internet, qui ne sont ni soumis à concession ni à l'obligation d'annoncer. L'intention est-elle effectivement de soumettre à la LSCPT toutes les sociétés qui proposent de simples services sur Internet (p. ex. : amazon, ebay, ricardo, anibis, rapidshare, blogs, hébergeurs de sites, etc.) ? Et quelles sont au juste les données concernées, s'agissant par exemple des données d'abonnés, de l'historique des transactions ou encore des moyens de paiement ? Une autorisation judiciaire s'impose-t-elle lorsqu'il s'agit de saisir ces dernières ?

A l'heure actuelle, la plupart des sociétés en question acceptent de livrer des données rétroactives directement aux services de police, voire sur requête d'un magistrat. On considère en effet que ces sociétés ne sont pas soumises au secret des télécommunications et sont donc seules détentrices desdites données, de telle sorte qu'une procédure au sens de la LSCPT n'est pas nécessaire. Qu'en est-il avec la révision ? Les sociétés nouvellement soumises à la LSCPT se verront-elles interdire dorénavant toute coopération hors du champ de cette loi ? L'avant-projet n'apporte pas de réponse à cette question, pourtant importante, d'autant plus que beaucoup de demandes de données en matière de cybercriminalité consistent à identifier le titulaire de compte et/ou l'adresse IP utilisée en relation avec des escroqueries portant sur des sommes de peu d'importance commises par Internet ou des déclarations attentatoires à l'honneur figurant sur des sites Internet ou des blogs. Or, dans de tels cas, le procureur se heurterait à l'article 269, alinéa 1 let. b CPP, qui limite la capacité d'appliquer les mesures de surveillance - parmi lesquelles les données relatives au trafic et à la facturation et celles permettant l'identification des usagers de l'art. 273 CPP - aux cas graves.

Concernant l'identification d'une adresse IP, dans la pratique actuelle, la demande portant sur un tel objet est considérée comme une simple mesure fondée sur l'art. 14 LSCPT actuel (cf. ATF 133 IV 271), ce qui permet aux services de police d'obtenir les données sans passer par l'autorisation d'un magistrat, comme il en va pour l'obtention d'un numéro de téléphone. Or l'avant-projet ne permet pas d'admettre d'emblée le maintien de cette pratique. Il conviendrait dès lors qu'il soit clairement précisé, dans le cadre de la révision de la LSCPT, que l'accès à l'adresse IP comme au numéro de téléphone n'est pas soumise à l'obtention d'une autorisation au sens de cette loi mais peut se faire comme à l'heure actuelle par voie simplifiée.

Les incertitudes évoquées ci-dessus entraînent une insécurité juridique sérieuse, puisque, selon que tel moyen ou telle entité aura été considéré comme relevant ou non du champ d'application de la LSCPT, l'autorisation judiciaire aura été requise ou non, avec pour conséquence la sanction d'inexploitabilité absolue de la preuve (art. 141 al. 1 et 277 CPP) en cas d'erreur. Il manque une définition précise des services concernés par la loi ainsi que de ce qui est soumis à la procédure LSCPT et de ce qui ne le serait pas. Il manque, par ailleurs, une unité des définitions dans les diverses lois, notamment avec la loi sur les télécommunications.

Ad art. 4 LSCPT

Selon cette disposition, les autorités habilitées à ordonner ou à autoriser une surveillance de même que les personnes qui exécutent des surveillances en vertu de la présente loi peuvent traiter les données personnelles qui leur sont nécessaires pour assurer le suivi de l'exécution des ordres de surveillance. Il s'agit d'une norme trop générale pour permettre tous les traitements de données qu'implique la LSCPT. On pense principalement aux données sensibles, qui devraient faire l'objet d'une disposition plus précise que la clause générale prévue à l'article 4 de l'avant-projet.

Ad art. 9 et 10 LSCPT

L'article 9 régit l'accès au nouveau système informatique de traitement des données recueillies lors de la surveillance de la correspondance par télécommunication exploité par le service fédéral. Selon l'avant-projet, le service permet l'accès aux autorités ayant ordonné une surveillance et aux personnes désignées par celles-ci dans les limites de l'autorisation qui leur est octroyée, aussi longtemps que l'autorité est saisie du dossier (al. 1 et 2). L'autorité informe le service de son dessaisissement du dossier et, le cas échéant, de l'autorité nouvellement saisie du dossier (al. 2 et 3). Le service permet l'accès à l'autorité nouvellement saisie du dossier qui lui en fait la demande et aux personnes désignées par celle-ci, dans les limites de l'autorisation qui leur est octroyée, aussi longtemps que l'autorité nouvellement saisie demeure en charge du dossier (al. 4).

L'accès limité à l'autorité saisie du dossier tel qu'il résulte de l'avant-projet n'est pas satisfaisant. En effet, il est nécessaire de garantir, d'une manière ou d'une autre, que toutes les autorités saisies horizontalement ou verticalement d'un dossier puissent accéder en temps opportun aux données, sans avoir à s'adresser à l'autorité annoncée auprès du service fédéral comme saisie du dossier. Cette exigence apparaît ainsi particulièrement indispensable pour le futur Tribunal des mesures de contrainte. Par ailleurs, l'avant-projet n'expose pas ce qu'il en sera de l'accès aux données lorsque les parties requerront de consulter le dossier en application des articles 101 et 102 CPP.

Dès lors que la consultation des données en ligne devient la règle, l'avant-projet réservant la communication des données au moyen d'envois postaux de supports de données et de documents seulement si la consultation en ligne n'est pas possible pour des raisons techniques (art. 9 al. 5 LSCPT), il convient de s'assurer, dans un objectif d'efficacité, que l'interface du nouveau système informatique mis en place par le service

fédéral permette directement aux autorités concernées d'exporter les données sur leur disque dur local, puis sur des DVD, ainsi que de les imprimer.

Le Conseil d'Etat considère par conséquent que l'accès en ligne peut être une solution envisageable à condition qu'elle garantisse aux parties et aux tribunaux le même accès aux données qu'aujourd'hui.

Ad art. 11 LSCPT

Le délai de conservation des données dépend de la prescription, ce qui implique l'échange d'avis entre les autorités en charge du dossier et le service. Il nécessite la désignation d'une autorité dans chaque canton qui sera informée de l'échéance prochaine du délai de conservation. Ce système paraît compliqué. La situation actuelle, dans laquelle le sort des données sur un support matériel suit celui des autres pièces du dossier, est à la fois plus sûre et plus simple à gérer pour la Justice.

Ad art. 18 et 24 LSCPT

L'article 18 prévoit que le service octroie, contre paiement, aux fournisseurs de services de télécommunication un certificat attestant qu'ils sont en mesure d'exécuter une surveillance correctement. Selon l'article 24, les fournisseurs de services de télécommunication qui n'ont pas de certification prennent à leur charge les frais liés à l'éventuelle nécessité de recourir au service ou à un tiers pour la bonne exécution d'une surveillance ; dans ce cas, ils doivent sans tarder entreprendre les démarches pour obtenir une certification.

L'exposé des motifs (ch. 2.5, art. 24 p. 34) précise que la certification est en principe facultative, la réglementation se voulant une incitation pour les fournisseurs à se faire certifier, sauf dans le cas de l'article 24, 2^{ème} phrase, où les fournisseurs sont tenus de se faire certifier.

L'avant-projet n'expose pas clairement quelle est la finalité précise de la certification. En outre, il n'indique pas non plus quelles seraient les conséquences éventuelles, du point de vue de l'administration des preuves en procédure, du fait que les données considérées ont été fournies par un tiers au bénéfice d'une certification ou pas? La valeur du moyen de preuve pourrait-elle s'en trouver altérée ou discutée dans sa validité? Ne serait-il dès lors pas prudent de préciser, d'une manière ou d'une autre, que la valeur de la preuve n'est pas liée à la certification du fournisseur?

Ad art. 20 al. 2 LSCPT

L'obligation de fournir des données sur les raccordements, énumérées à l'alinéa 1 (nom, prénom, adresse, etc.), est étendue aux cartes wireless, à l'instar de ce qui existait pour les cartes SIM. Cette extension est une adaptation nécessaire à l'évolution de la technologie. La disposition pourrait être formulée de façon plus claire en mentionnant expressément le nom des cartes concernées.

Ad art. 21 LSCPT

L'énoncé de l'alinéa 5 de cette disposition pose un problème de compréhension. Il conviendrait que son contenu soit exprimé de manière plus claire.

Ad art. 22 LSCPT

Cet article du projet impose aux personnes soumises à la LSCPT de prendre les mesures techniques nécessaires permettant d'identifier les utilisateurs accédant à Internet par leur entremise. Cette obligation a une portée particulière lorsque les utilisateurs accèdent à Internet par le biais d'un réseau sans fil et qu'elle vise par exemple les écoles, gares aéroports et hôtels qui offrent du wi-fi. Elle impliquerait de prendre des mesures techniques aux fins d'identification et de conservation de données, ce qui générerait des coûts certains, des mesures administratives complexes et aurait pour principal effet de faire disparaître un nombre important de liaisons actuellement mises à disposition du public. On relève qu'une telle obligation ne se rencontre pas ailleurs en Europe. Disproportionnée, cette obligation devrait être supprimée, voire modifiée.

Ad art. 23 LSCPT

Il est prévu à cet article que les personnes qui exécutent les surveillances sont tenues de conserver durant douze mois certaines données. Le Conseil d'Etat salue cet allongement de la durée de conservation des données. Il relève cependant qu'une base légale en la matière devrait contenir des dispositions s'agissant de la sécurité des données, la protection contre le traitement illicite, ainsi que la transparence en matière de communication.

Ad art. 27 LSCPT

Cette disposition vise les recherches menées dans un cas d'urgence. Il s'agit de pouvoir localiser une personne disparue ou en danger grâce à la mesure de surveillance. Le but est donc très différent de ceux poursuivis dans le cadre d'une enquête ou de la recherche d'un condamné en fuite. Dans ces conditions, vu l'urgence, on devrait prévoir une procédure plus simple, prévoyant que la surveillance puisse commencer sans délai et avant l'autorisation de l'autorité judiciaire, dans les cas où elle ne pourrait être obtenue immédiatement. Par ailleurs, il est important que les autorités de police puissent ordonner rapidement une surveillance pour rechercher une personne disparue.

Ad art. 28 LSCPT

Le projet permet, en dehors d'une procédure pénale, une surveillance pour retrouver une personne condamnée à une peine privative de liberté ou qui fait l'objet d'une mesure entraînant une privation de liberté sur la base d'un jugement définitif et exécutoire. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle surveillance ne devrait être mise en œuvre que lorsque la peine privative de liberté est d'une certaine importance (six mois au moins), afin que la procédure ne soit mise en œuvre que dans des cas justifiés et afin que les coûts administratifs ne soient pas disproportionnés.

Ad art. 30 LSCPT

Le Conseil d'Etat se félicite de cette proposition, qui tend à supprimer l'indemnisation des fournisseurs de services postaux et de télécommunication pour les coûts de surveillance. Elle est conforme au droit pénal, qui prévoit une obligation générale de produire des pièces concernant des données liées à des enquêtes pénales.

Compte tenu de l'importance de la surveillance téléphonique dans les enquêtes pénales, il importe pour le Conseil d'Etat du Canton de Vaud que la Confédération s'assure que les entreprises de télécommunication continuent de mettre les données à disposition de manière rapide et fiable, malgré le fait qu'elles ne sont plus indemnisées pour cela.

S'agissant de l'émolument, on peut penser que le maintien de celui-ci inchangé produirait un excédent de couverture au DFJP.

Ad art. 31 al. 1 lit. b LSCPT

L'amende devrait également sanctionner celui qui, intentionnellement, ne respecte pas l'obligation de conserver les données mentionnées à l'article 20, comme c'est le cas pour les articles 19, alinéa 2 et 23. Il s'embles qu'il s'agisse là d'un oubli.

Ad art. 271 al. 2 CPP

Sous l'angle des moyens techniques, le besoin éventuel de recourir à de nouveaux moyens techniques pour opérer le tri des données n'est pas exclu, notamment en vue d'effacer certaines données après contrôle. Ces questions devront être abordées dans les discussions techniques entre Confédération et cantons.

**
*

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pascal Broulis

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean