



Cybercriminalité

Responsabilité pénale des prestataires

et

compétences de la Confédération
en matière de poursuite des cyberinfractions

Rapport du Conseil fédéral

Février 2008

1. Historique

1.1 Commission d'experts «Cybercriminalité»

En été 1998, la Police fédérale constatait que divers sites Internet aux contenus racistes, qui avaient donné lieu, en Suisse, à des condamnations pour violation de l'art. 261^{bis} du code pénal (CP), continuaient d'être accessibles en ligne à tout un chacun. A la suite de cette constatation, la Police fédérale a envoyé aux fournisseurs de services Internet en Suisse une circulaire leur demandant de tester le blocage des sites incriminés. Cette circulaire déclencha un tollé parmi ces prestataires, réaction qui déboucha sur la mise sur pied d'un groupe de contact composé de représentants des services fédéraux concernés et des fournisseurs.

La question de la responsabilité pénale encourue par les prestataires pour les contenus illégaux véhiculés sur le réseau ayant prêté à controverse au sein du groupe de contact, l'Office fédéral de la justice (OFJ) fut chargé d'établir un avis de droit sur ce sujet. Dans son avis de droit du 24 décembre 1999¹, l'OFJ a conclu à une responsabilité subsidiaire du pur fournisseur d'accès au regard du droit pénal des médias, à condition que ce fournisseur ait été clairement rendu attentif à l'existence du contenu illégal par une autorité de poursuite pénale. L'OFJ précisait, en outre, que pour les cas dans lesquels le droit pénal des médias n'était pas applicable, les prestataires pouvaient être punis en qualité de complices de l'infraction principale.

La branche des prestataires rejeta les conclusions formulées dans l'avis de droit de l'OFJ et mandata les professeurs Niggli, Riklin et Stratenwerth pour examiner à leur tour la question de la responsabilité pénale de ces mêmes prestataires. Dans leur avis daté d'octobre 2000², les trois experts sont parvenus à des conclusions contredisant, pour l'essentiel, celles de l'OFJ. En outre, ils ont souligné expressément le manque de clarté de la situation juridique et conclu à la nécessité de réviser le code pénal.

Le 14 décembre 2000, Thomas Pfisterer, député au Conseil des Etats, déposait une motion (00.3714) intitulée «Cybercriminalité. Modification des dispositions légales»³. Cette motion avait pour objectif de prévenir les abus de l'Internet et de réglementer la cybercriminalité au plan du droit pénal, mais aussi de préserver les intérêts économiques de la Suisse. A cette fin, elle requérait du Conseil fédéral une réglementation satisfaisant aux critères de la sécurité juridique et de la praticabilité et coordonnée sur le plan international, qui serait intégrée dans le droit pénal ou, éventuellement, dans d'autres lois. Dans son développement, l'auteur de la motion recommandait une harmonisation avec la directive de la Communauté européenne (CE) sur le commerce électronique⁴ et présentait lui-même un projet de normes légi-

¹ Publié in JAAC 64 75. Téléchargeable (seulement en allemand) sous:

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.Par.0009.File.tmp/ga-acc-prov.pdf>

² Reproduit dans medialex, numéro spécial 1/2000.

³ BO 2001 E 27 s.

⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique» ; JO L 178 du 17.7.2000, p. 1). Texte consultable à l'adresse suivante :

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:HTML>.

slatives. La motion Pfisterer fut adoptée par les deux conseils législatifs en 2001.

Compte tenu de ces développements, la cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP) d'alors a institué le 22 novembre 2001 une commission d'experts dont elle a confié la présidence à Peter Müller, alors sous-directeur de l'OFJ. Composée de représentants de la doctrine, de la branche des prestataires et de l'administration fédérale, la commission avait pour mandat d'examiner quelles mesures peuvent être appliquées pour prévenir et sanctionner les infractions commises par le biais d'Internet. Dans ce cadre, elle était plus particulièrement chargée d'étudier le problème de la réglementation de la responsabilité pénale dans le domaine d'Internet. La commission d'experts «Cybercriminalité» a remis son rapport en été 2003⁵.

1.2 Groupe de travail «Genesis»

L'opération «Genesis», menée au cours de l'été 2002 pour lutter contre la pornographie enfantine sur Internet, était une opération nationale d'une ampleur jusqu'ici inégalée, associant presque tous les corps de police de Suisse ainsi que l'Office fédéral de la police (fedpol). Le nombre de procédures à engager en même temps et la dissémination des procédures sur l'ensemble du territoire national constituaient une nouveauté pour les autorités d'enquête suisses. Pour remédier à ces problèmes, la Police judiciaire fédérale (PJF) s'est chargée de la coordination de cette opération à l'échelon national, mais sans disposer des possibilités d'investigation requises au cours de la première phase de la procédure, jusqu'à la désignation des autorités cantonales compétentes de poursuite pénale, ni de la compétence de donner des instructions. La compétence en matière de poursuite pénale des infractions relevant de la pornographie (art. 197 CP) ressortit clairement aux cantons, qu'elles aient été commises à l'aide d'Internet ou d'autres moyens. Pour la première fois, l'opération «Genesis» a montré que la collaboration entre la Confédération et les cantons requérait éventuellement une révision du code pénal pour les cas soumis à la juridiction cantonale et concernant un grand nombre de personnes dans plusieurs cantons.

L'opération «Genesis» a suscité un intérêt marqué au sein de l'opinion publique et du monde politique, du reste déjà fortement sensibilisés aux questions de pornographie enfantine sur Internet et de criminalité sur Internet en général⁶. Le 26 septembre 2002, Regine Aepli Wartmann, alors conseillère nationale, déposait une initiative parlementaire (02.452) intitulée «Mise en place d'un service central en matière de pédophilie sur Internet». Elle y demandait la création d'une compétence fédérale en matière de poursuite pénale des auteurs d'infractions relevant de la cybercriminalité, sur le modèle du Projet d'efficacité (art. 340^{bis} aCP ;

⁵ Rapport de la commission d'experts «Cybercriminalité», Département fédéral de justice et police, Berne, juin 2003. Consultable à l'adresse :

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0007.File.tmp/ber-netzwerkkrim-f.pdf>

⁶ Cf. à ce propos les interventions parlementaires suivantes : Aepli Wartmann Regine (01.3196), Améliorer la procédure de lutte contre la cybercriminalité; Motion Commission des affaires juridiques CN (01.3012), Lutte contre la pédophilie; Interpellation Tillmanns Pierre (00.3235), Lutte contre la pédophilie; Motion de la Commission 00.16-CN (00.3206), Grande criminalité. E-criminalité; Interpellation Freund Jakob (00.3059), Activités illégales sur Internet. Rôle de surveillance de la Confédération; Initiative cantonale Genève (00.314), Lutte contre la pédophilie; Motion von Felten Margrith (98.3467), Criminalité sur Internet. Responsabilité du fournisseur d'accès; Motion Jeanprêtre Francine (97.3487), Lutte contre la pornographie pédophile informatisée; Postulat Commission des affaires juridiques CN (96.3005), Pornographie enfantine sur Internet.

depuis le 1.1.2007, art. 337 CP)⁷. Le Conseil national a donné suite à cette initiative le 11 décembre 2003.

Compte tenu de ces développements, la cheffe du DFJP d'alors a demandé à fedpol en automne 2002 une analyse relative au cadre juridique et organisationnel de l'opération «Genesis». Cette analyse devait tirer les conséquences de l'opération pour les cas semblables à venir et présenter des propositions visant à améliorer la collaboration entre la Confédération et les cantons. C'est ainsi que le groupe de travail «Genesis», composé de représentants des autorités judiciaires et policières, de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse (CCPCS), de la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS) et des autorités fédérales (fedpol, Ministère public de la Confédération et OFJ) a été mis sur pied. Ce groupe de travail a livré son rapport en novembre 2003⁸.

2. Procédure de consultation

2.1 *Rapport et avant-projets du Conseil fédéral*

Se fondant sur les rapports de la commission d'experts «Cybercriminalité» et du groupe de travail «Genesis», le Conseil fédéral a mis en consultation, en décembre 2004, deux avant-projets de modification du code pénal et du code pénal militaire, assortis d'un rapport explicatif⁹.

L'avant-projet A portait sur la responsabilité pénale des prestataires, avec des dispositions basées sur les recommandations élaborées par la commission d'experts «Cybercriminalité» (cf. ch. 1.1). Son contenu était en substance le suivant: il est admis que les dispositions générales du CP relatives à l'auteur et à la participation sont applicables aux prestataires qui participent activement aux infractions commises. L'hébergeur (qui procure un espace pour les contenus de ses clients) devrait être désormais punissable s'il apprend ou constate ultérieurement qu'il met à disposition un contenu délictueux, et s'abstient d'empêcher l'utilisation de ce contenu ou de transmettre aux autorités de poursuite pénale les informations reçues de tiers à ce sujet. Le fournisseur d'accès devrait rester non punissable s'il se contente d'assurer l'accès automatisé à Internet.

L'avant-projet B était basé sur les propositions du groupe de travail «Genesis» (cf. ch. 1.2). Il s'agissait en l'occurrence de créer le fondement légal d'une collaboration plus étroite entre la Confédération et les cantons dans la poursuite des cyberinfractions: le Ministère public de la Confédération (MPC) et la Police judiciaire fédérale (PJF) devraient pouvoir à l'avenir procéder aux premières investigations urgentes si l'on soupçonne qu'une infraction soumise à la

⁷ BO 2003 N 1967.

⁸ Rapport «Modèle de poursuite pénale pour les affaires intercantionales et internationales de cybercriminalité» du groupe de travail «Genesis», Berne, le 12 novembre 2003, téléchargeable sous :

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0003.File.tmp/ber-genesis-f.pdf>

⁹ Rapport à l'appui d'avant-projets de modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la responsabilité pénale des prestataires et les compétences de la Confédération relatives à la poursuite des infractions commises par le canal des médias électroniques (cybercriminalité), Berne, octobre 2004, téléchargeable sous:

<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkriminalitaet.Par.0014.File.tmp/vn-ber-f.pdf>

compétence juridictionnelle des cantons a été commise sur les réseaux de communication électroniques, et si le canton compétent n'est pas encore établi. La PJF devrait en outre pouvoir coordonner les investigations en édictant des instructions à suivre par les autorités cantonales. Cette nouvelle compétence ne fonderait pas de nouvelle juridiction fédérale, mais elle améliorerait la collaboration entre Confédération et cantons et accroîtrait l'efficacité de la poursuite de la cybercriminalité.

La procédure de consultation a pris fin le 30 avril 2005.

2.2 Résultats de la consultation

Le Conseil fédéral a attendu pour prendre acte officiellement des résultats de la consultation et statuer sur la suite des travaux, du fait qu'en vertu de l'art. 18, al. 2, de l'ordonnance sur la consultation entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005 (OCo, RS 172.061.1), il ne prend cette décision séparément, avant l'adoption du message, qu'en cas de doutes au sujet de la suite des travaux. Le département concerné soumet, sinon, les résultats de la consultation au Conseil fédéral avec le message. Comme il n'y avait en 2005 pas de doutes quant à la suite des travaux concernant l'avant-projet B, le DFJP a préparé un message ad hoc. Le processus a cependant été retardé au cours de l'été 2006 par des questions annexes à éclaircir, portant notamment sur la manière de financer les ressources requises par la nouvelle compétence d'investigation de la Confédération et sur le rapport entre la réglementation préconisée dans l'avant-projet B et la compétence de la Confédération de procéder aux premières investigations telle qu'elle est prévue à l'art. 27, al. 2 du code de procédure pénale suisse (CPP), en cas d'infractions qui ont été commises, en tout ou partie, dans plusieurs cantons ou à l'étranger et pour lesquelles la compétence de la Confédération ou d'un canton n'est pas encore déterminée.

2.2.1 Résultat général

Sur les 283 destinataires priés de donner leur avis, il y a eu 99 réponses, dont 13 refus explicites de prendre position sur le fond de la question.

Une large majorité des milieux concernés ont approuvé le Conseil fédéral dans son intention d'intensifier, par une révision du CP/CPM, sa lutte contre les infractions commises par le canal des médias électroniques (cybercriminalité). Pratiquement tous ont reconnu qu'il convient de réviser le code pénal. Les dispositions prévues dans l'avant-projet A ont suscité toutefois des réactions très contrastées, tandis que la nouvelle compétence proposée dans l'avant-projet B a fait l'objet d'une approbation assez générale, hormis le droit d'édicter des instructions. Plusieurs cantons, des partis politiques et des organisations intéressées soulignent le caractère mondial de la cybercriminalité et l'importance vitale de la collaboration internationale dans ce domaine.

2.2.2 Avis concernant l'avant-projet A

L'avant-projet A a bénéficié d'une approbation de principe de la part de 21 cantons¹⁰, de six partis politiques¹¹ et de 50 organisations concernées¹². Il n'a globalement été rejeté que par les cantons de Fribourg, d'Argovie et du Jura, et par quatre organisations¹³, entre autres pour le motif suivant: on manque non pas de dispositions légales, mais de moyens techniques, humains et procéduraux. Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures n'a pas rejeté l'idée de codifier la responsabilité pénale des prestataires, mais a estimé que la formule proposée n'était pas suffisamment aboutie.

Les détails de l'avant-projet A ont suscité des avis divergents, avec des critiques qui se concentrent sur les points suivants:

- Le contenu de l'art. 322^{bis}, ch. 1, al. 1, AP-CP concernant la punissabilité de l'hébergeur qui ne fait rien pour empêcher la diffusion d'informations illégales – alors qu'il est sûr du caractère illicite de ces informations, qu'il en a les moyens techniques et que l'on peut raisonnablement exiger une telle intervention de sa part – soulève plusieurs problèmes. Il y aurait, par exemple, des difficultés insurmontables à apporter la preuve qu'«il est sûr». De même, la formulation «qu'on puisse techniquement et raisonnablement l'exiger» serait trop vague pour être applicable. Par ailleurs, il appartiendrait exclusivement aux autorités de poursuite pénale de juger du caractère légal ou illégal des informations contenues sur le serveur de l'hébergeur.
- On a également critiqué l'art. 322^{bis}, ch. 1, al. 2, AP-CP relatif à l'obligation faite à l'hébergeur de transmettre aux autorités de poursuite pénale les avertissements qu'il reçoit de tiers quant à des informations constituant une infraction: il n'y aurait aucune raison de faire de l'hébergeur un intermédiaire entre autorités pénales et particuliers. La règle prévue ici constituerait une obligation de dénoncer, contraire à notre tradition juridique. De plus, cette obligation aurait pour effet de submerger les autorités compétentes de dénonciations.
- Une autre objection porte sur le fait de mettre les exploitants de moteurs de recherche sur un pied d'égalité avec les hébergeurs: on a fait observer qu'il était impossible pour un exploitant de moteur de recherche d'évaluer des informations fournies par des tiers, puisque les liens sont automatisés. Cette disposition risquerait en outre de faire partir les exploitants de moteurs de recherche dans des pays dépourvus d'une telle réglementation.
- Divers participants à la consultation ont critiqué la proposition de l'art. 27, al. 4, AP-CP garantissant l'impunité pour l'activité de fournisseur d'accès à des médias électroniques. Il en va de même pour la proposition analogue d'assimiler le stockage intermédiaire temporaire d'informations de tiers (*caching*) à l'activité non punissable de fournisseur d'accès. Un des participants a demandé que l'on s'aligne encore davantage sur la directive de la CE sur le commerce électronique¹⁴; d'autres ne voyaient pas pourquoi un fournisseur d'accès ne

¹⁰ ZH, BE, UR, SZ, SO, SH, TG, VS, BS, AR, SG, NW, BL, TI, OW, GR, LU, GL, NE, ZG, GE.

¹¹ PS, PEP, PCS, PDC, PLS, UDC.

¹² allianceF, FRC, kf, Limita, Zetel, VIW, SIG, Cp, KKPKS, SKG, UNIGE, UNIL, SKGB, KSBS, VSEI, sgv, ricardo.ch, simsa, SUIA, eBay, COLT, SWISSFILM, Pro Juventute, AudioVision, Werft22, SRG, impressum, Swisscable, sunrise, PLP, SICTA, MC, cablecom, SWITCH, Swisscom, VSP, asut, GARP, FER, EKKJ, Orange, ifpi, SAV, SwissBanking, VSKB, economiesuisse, HSW, DJS, JCT, KD.

¹³ acin, COMAMAL, Comintel et SIUG.

¹⁴ V. note 4.

devrait pas – si c’était techniquement possible – bloquer l’accès à des informations dont il a appris après coup le caractère illicite.

- Il a été enfin reproché à l’avant-projet A de comporter trop de termes mal définis: en laissant l’interprétation aux tribunaux ne serait pas un facteur de sécurité du droit dans le domaine de la cybercriminalité. Par ailleurs, cet avant-projet n’établirait pas de délimitation précise par rapport au droit pénal des médias.

2.2.3 Avis concernant l’avant-projet B

Les milieux qui se sont exprimés ont approuvé en grande partie l’idée de la compétence en matière d’investigation que propose le Conseil fédéral (art. 344, al. 1, AP-CP). Par contre, une très large majorité des participants à la consultation – dont 23 cantons – a rejeté la proposition (al. 2) de conférer à la PJF le droit d’édicter des instructions. Les motifs avancés pour ce refus sont qu’un tel droit ne serait ni utile ni applicable eu égard aux bons résultats des dernières opérations, et qu’il ne sied pas à une instance de police fédérale de donner des instructions aux juges d’instruction ou aux procureurs cantonaux, pas plus que de prescrire des priorités dans le travail d’investigation. Il convient de ne pas restreindre la marge de manœuvre des autorités cantonales d’enquête et d’instruction. De plus, sept cantons¹⁵ se sont inquiétés de l’éventualité de voir la Confédération imposer aux instances cantonales des procédures coûteuses que celles-ci n’auraient pas engagées de leur propre chef.

3. Conclusions et recommandations du Conseil fédéral

3.1 Responsabilité pénale des prestataires (avant-projet A)

Une majorité des participants à la consultation a approuvé le principe de réglementer expressément la responsabilité pénale des prestataires. Mais la modification proposée du CP/CPM (avant-projet A) a donné lieu à une vive controverse. Les études supplémentaires entreprises depuis la clôture de la procédure de consultation ont fait ressortir qu’une modification du projet qui reposerait sur cette base ne ferait que poser de nouveaux problèmes d’interprétation et, partant, que les dispositions proposées ne permettraient pas de mettre fin à l’insécurité juridique que redoutait M. Pfisterer (motion 00.3714), voici plusieurs années. Au contraire, elles ne feraient qu’engendrer de nouvelles incertitudes.

Au vu des jugements rendus par les tribunaux depuis 2001, il faut, en outre, noter que les craintes exprimées jadis ne se sont pas concrétisées. Les entreprises suisses n’ont pas subi d’inconvénients en termes de concurrence et de localisation pas plus que l’absence d’une réglementation expresse des responsabilités n’a remis en cause la lutte contre la cybercriminalité. La sécurité juridique n’a pas non plus été mise en péril par des jugements contradictoires. Au demeurant, et d’une manière générale, il appartiendrait à la plus haute autorité juridictionnelle, à savoir le Tribunal fédéral, de lever de telles incertitudes.

Même si la législation actuelle ne contient pas de règles spéciales concernant la responsabilité pénale des prestataires, il est possible de trouver des solutions valables en s’appuyant sur le droit pénal des médias (art. 28 ss CP / art. 27 ss CPM) et sur les principes généraux

¹⁵ ZH, ZG, SO, BS, BL, AR, TG.

concernant l'auteur d'une infraction et la participation (art. 24 ss CP / art. 23 ss CPM). Au surplus, une réglementation d'une nature plus technique serait vite dépassée compte tenu de l'évolution rapide qui caractérise les cyberréseaux. Aussi apparaît-il judicieux d'en rester aux réglementations générales qui sont bien connues.

A cet égard, il vaut la peine de relever que la Suisse connaît une situation juridique comparable à celle de plusieurs Etats européens (Norvège, Suède, France, Pays-Bas) qui ont renoncé à adopter des normes pénales réglant spécifiquement la responsabilité des différents prestataires.

Puisque le régime en vigueur n'a encore induit aucune conséquence négative pour les prestataires pas plus qu'il n'a eu de répercussions fâcheuses en matière de poursuites pénales, même au bout de plusieurs années, force est de conclure qu'il n'y a pas lieu de légiférer.

Pour les motifs exposés ci-dessus, le Conseil fédéral recommande au Parlement de renoncer à une réglementation explicite de la responsabilité pénale des prestataires. Dans son rapport sur les motions et postulats des conseils législatifs, il proposera de classer la motion Pfisterer (00.3714), intitulée « Cybercriminalité. Modification des dispositions légales ».

3.2 Nouvelle compétence de la Confédération en matière d'investigation (avant-projet B)

Contrairement à l'avant-projet A, l'avant-projet B a été favorablement accueilli par presque tous les participants à la consultation. Dès le départ, le Conseil fédéral avait cependant conscience que la norme réglant la nouvelle compétence de la Confédération en matière d'investigation devrait, selon les règles de la légistique, figurer dans le CPP. Depuis lors, le CPP a été adopté par le Parlement et il entrera probablement en vigueur au début de 2010 (pour le texte soumis au référendum, cf. FF 2007 6583). L'art. 27, al. 2, CPP statue une compétence de la Confédération de procéder aux premières investigations en cas d'infractions qui ont été commises, en tout ou partie, dans plusieurs cantons ou à l'étranger et pour lesquelles la compétence de la Confédération ou d'un canton n'est pas encore déterminée. Cette compétence s'étend à toutes les infractions.

Cela étant, le Conseil fédéral recommande au Parlement de renoncer à poursuivre les travaux concernant la mise en œuvre de l'avant-projet B. Dans son rapport sur les motions et postulats des conseils législatifs, il proposera de classer la motion Aepli Wartmann (01.3196 ; améliorer la procédure de lutte contre la cybercriminalité), celle de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (01.3012; lutte contre la pédophilie) et le postulat du groupe démocrate-chrétien (02.3522; compétence de la Confédération d'édicter des instructions lors de procédures pénales touchant plusieurs cantons).