



# Notice « FST / FSCD »

## Distinction entre fournisseurs de services de télécommunication (FST) et fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD)

Version du :

16 avril 2019

### Table des matières

<b>1</b>	<b>But du document .....</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Contexte .....</b>	<b>2</b>
<b>3</b>	<b>Fournisseurs de services de télécommunication.....</b>	<b>3</b>
<b>3.1</b>	<b>Définition du terme « service de télécommunication » .....</b>	<b>3</b>
<b>3.2</b>	<b>Définition du terme « fourniture de services ».....</b>	<b>4</b>
<b>3.3</b>	<b>Exceptions.....</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD) .....</b>	<b>5</b>
<b>4.1</b>	<b>Définition du terme « service de communication dérivé » .....</b>	<b>5</b>
<b>4.2</b>	<b>Définition du terme « fourniture de services ».....</b>	<b>5</b>
<b>4.3</b>	<b>Exceptions.....</b>	<b>5</b>
<b>5</b>	<b>Aide pour l'auto-évaluation .....</b>	<b>6</b>
<b>5.1</b>	<b>Principe de territorialité .....</b>	<b>6</b>
<b>5.2</b>	<b>Les critères définissant la « fourniture de services » sont-ils réunis ? .....</b>	<b>7</b>
<b>5.3</b>	<b>Service de télécommunication et service de communication dérivé : critères de distinction.....</b>	<b>7</b>
<b>5.4</b>	<b>Fournisseurs proposant aussi bien des services de télécommunication que des services de communication dérivés .....</b>	<b>7</b>

# 1 But du document

La présente notice vise à donner des indications aux fournisseurs pour leur permettre de déterminer à laquelle des catégories selon l'art. 2, let. b et c, LSCPT<sup>1</sup> ci-après ils appartiennent :

- fournisseurs de services de télécommunication (FST) ou
- fournisseurs de services qui se fondent sur des services de télécommunication et qui permettent une communication unilatérale ou multilatérale (fournisseurs de services de communication dérivés).

Les notions essentielles sont d'abord expliquées, puis une aide est donnée aux fournisseurs, afin qu'ils puissent déterminer à quelle catégorie ils appartiennent.

## 2 Contexte

La LSCPT définit de nouvelles catégories de personnes obligées de collaborer aux fins de la surveillance de télécommunications. Outre la catégorie déjà connue des FST, on trouve aussi désormais celle, entre autres, des fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD).

En ce qui concerne le champ d'application à raison des personnes, l'obligation d'annoncer prévue dans la LTC<sup>2</sup> n'est plus une condition déterminante pour les FST dans la LSCPT entièrement révisée. Cela signifie que tous les FST sont dorénavant soumis à la loi, qu'ils soient tenus ou non d'annoncer leurs prestations à l'Office fédéral de la communication (OFCOM). Comme c'était le cas dans l'ancienne loi, la nouvelle LSCPT reprend cependant la définition de la notion de *FST* de la LTC. La nouvelle LSCPT contient aussi une norme de délégation de compétences qui permet au Conseil fédéral de dispenser des FST de certaines obligations légales s'ils offrent des services de faible importance économique ou dans le domaine de la recherche et de l'éducation (cf. art. 26, al. 6, LSCPT). Cette norme de délégation a été concrétisée à l'art. 51 OSCPT<sup>3</sup>, avec la création de la sous-catégorie des « FST ayant des obligations restreintes en matière de surveillance ».

Pour la nouvelle catégorie des FSCD, c'est l'approche inverse qui a été retenue. Par défaut, ces fournisseurs ont uniquement l'obligation de tolérer les surveillances et de collaborer. S'ils dépassent certains seuils fixés aux art. 22 et 52 OSCPT ou repassent en-dessous de ces seuils, ils ont trois mois pour le communiquer au Service SCPT, qui décide, sur la base des normes pertinentes, si un FSCD doit être considéré comme ayant des obligations étendues en matière de fourniture de renseignements (art. 22 OSCPT) et/ou en matière de surveillance (art. 52 OSCPT).

---

<sup>1</sup> Loi fédérale du 18 mars 2016 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (**LSCPT**; RS **780.1**), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2018

<sup>2</sup> Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (**LTC**; RS **784.10**)

<sup>3</sup> Ordonnance du 15 novembre 2017 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (**OSCPT**; RS **780.11**)

### 3 Fournisseurs de services de télécommunication

Extraits du « Guide relatif au formulaire d'annonce pour la fourniture de services de télécommunication » (*Guide* de l'OFCOM)<sup>4</sup>, valable depuis le 1<sup>er</sup> mai 2010 :

- Pour définir le terme « fournisseur de services de télécommunication », deux éléments cumulatifs sont déterminants :
  - *service de télécommunication* et
  - *fourniture*
- Synthèse : « [...] à condition que l'activité concernée entre dans le champ d'application de la LTC, un fournisseur de services de télécommunication est une personne physique ou morale qui transmet elle-même, ou qui fait transmettre, des informations pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication. En outre, elle est responsable envers ces tiers, dans le cadre d'un rapport contractuel de droit privé, de la fourniture du service promis.

#### 3.1 Définition du terme « service de télécommunication »

En vertu de l'art. 3, let. b, LTC, on entend par service de télécommunication la *transmission d'informations pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication*.

Selon le *Guide* de l'OFCOM, trois conditions doivent être réunies cumulativement :

1. une *transmission au moyen de techniques de télécommunication* (art. 3, let. c, LTC),
2. la *transmission d'informations* (art. 3, let. a, LTC),
3. l'existence d'un rapport avec des *tiers* (transmission d'informations pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication).

Conformément à l'art. 3, let. c, LTC, la *transmission au moyen de techniques de télécommunication* désigne « 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 ». La loi ne prévoit toutefois pas explicitement que le FST se charge lui-même de l'opération technique et de l'exploitation des installations d'émission et de réception nécessaires. De même, la technologie utilisée pour la transmission est ici sans importance.

Le terme *informations* est défini à l'art. 3, let. a, LTC. La transmission d'informations *pour le compte de tiers* signifie que la transmission se fait « non pas pour soi-même (usage personnel), mais pour d'autres personnes physiques ou morales » (*Guide* de l'OFCOM, ch. 1.2.1, let. c).

Historiquement, le terme « service de télécommunication » a été longtemps associé à ceux de réseau de télécommunication et d'exploitant de réseau. Dans son message du 27 février 2013, le Conseil fédéral se réfère de fait à cette conception, aujourd'hui dépassée. Une multitude de services fondés sur l'internet et qui concurrencent les services de télécommunication – également appelés services par contournement ou services OTT, de l'anglais *over-the-top services* – sont apparus entre-temps. Ces services, bien que fournis indépendamment de l'offre d'exploitants de réseaux de télécommunication (séparation du réseau et des services) sont similaires, quant à leur fonctionnement, aux services dispensés par ces exploitants.

Un service OTT est un service fondé sur l'internet qui est fourni sans la participation d'un opérateur de réseau au sens traditionnel. La présente notice se fonde sur la pratique suivie par l'OFCOM en la matière, qui consiste à assimiler les services de télécommunication

<sup>4</sup> <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/telecommunication/fournisseurs-de-services-de-telecommunication/annonce-en-tant-que-fst.html>

« classiques » et les services OTT similaires quant à leur fonctionnement à ces services dits classiques. Il y a lieu de préciser qu'il existe aussi des services OTT qu'il n'est pas possible d'assimiler à des services de télécommunication.

Le Conseil fédéral prévoit par ailleurs de remplacer l'obligation générale faite aux FST d'annoncer leurs services conformément à la LTC par un registre des FST qui utilisent des ressources d'adressage ou des fréquences de radiocommunication avec concession gérées par l'OFCOM. Ces FST, tout comme ceux qui n'utilisent pas de ressources d'adressage ou de fréquences de radiocommunication avec concession gérées par l'OFCOM, restent soumis, comme précédemment, à la LTC.

Parmi les services OTT assimilés à des services de télécommunication figurent par exemple des services de communication utilisés pour transmettre la voix, du texte, des images, du son, de la vidéo ou une combinaison de ceux-ci, le courriel, la messagerie instantanée, des services de messagerie et des services de communication intégrés dans des médias sociaux. Ces services sont considérés comme des services de télécommunication quelle que soit la porte d'accès : application, page internet, réseau fixe ou réseau de communication mobile.

## 3.2 Définition du terme « fourniture de services »

Selon le *Guide* de l'OFCOM, la *fourniture de services* se compose de deux éléments, l'un de nature économique, l'autre de nature technique.

### 1. Aspect économique

Une relation est établie avec la clientèle. Le service peut être fourni gratuitement. Concernant les clients, il peut aussi s'agir d'un autre fournisseur de services de télécommunication.

### 2. Aspect technique (infrastructure)

Le fournisseur ne doit pas forcément posséder sa propre infrastructure, il y a d'autres possibilités: la location, l'externalisation (« outsourcing ») ou le partage de l'infrastructure avec un autre fournisseur, etc. En effet, aucune disposition ne prévoit « [...] explicitement que le fournisseur de services de télécommunication se charge lui-même de l'opération technique et de l'exploitation des installations d'émission et de réception nécessaires. [...] La construction ou l'exploitation de manière totalement ou partiellement indépendante d'une infrastructure de transmission n'est donc pas une condition pour qu'un fournisseur soit qualifié de *fournisseur de services de télécommunication*. Cette dénomination s'applique d'ailleurs également à quiconque utilise une infrastructure existante (réseaux d'autres fournisseurs, exploitants de réseaux câblés, etc.). Ainsi, les fournisseurs de services (*service provider*) qui ne possèdent pas leur propre réseau [...] peuvent eux aussi être qualifiés de fournisseurs de services de télécommunication. » (*Guide* de l'OFCOM, ch. 1.2.2)

## 3.3 Exceptions

L'art. 2 OST<sup>5</sup> contient une énumération d'exceptions à la qualité de FST, qui dépendent de la forme de transmission des informations. Les let. a et b se concentrent sur la localisation, tandis que les let. c et d précisent la notion de relation avec la clientèle.

N'est pas réputé fournir un service de télécommunication quiconque transmet des informations :

- a. à l'intérieur d'un bâtiment ;
- b. sur un bien-fonds, sur deux biens-fonds contigus ou sur deux biens-fonds opposés, séparés par une route, une rue, un chemin, une ligne ferroviaire ou un cours d'eau ;

---

<sup>5</sup> Ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1)

- c. au sein d'une entreprise, entre la société-mère et les filiales ou au sein d'un groupe ;
- d. au sein des corporations de droit public et entre elles.

Remarque concernant la let. c : « Si ce genre d'entreprises ou d'autres types de sociétés ou de groupes d'utilisateurs ont pour objectif principal ou exclusif de contourner l'obligation d'annoncer, il faut partir du principe qu'un rapport avec des tiers existe. » (*Guide* de l'OFCOM, ch. 1.2.1, let. c)

## 4 Fournisseurs de services de communication dérivés (FSCD)

Comme dans le cas des FST, deux éléments cumulatifs sont déterminants pour définir le terme « FSCD » :

1. *service de communication dérivé* et
2. *fourniture*

### 4.1 Définition du terme « service de communication dérivé »

Il découle de la définition à l'art. 2, let. c, LSCPT que les services de communication dérivés sont des services qui, bien que n'étant pas des services de télécommunication, permettent tout de même une communication unilatérale ou multilatérale. En font partie notamment :

- les services de stockage en ligne (stockage en nuage, hébergement de fichiers, hébergement partagé, stockage en ligne, partage de fichiers)<sup>6</sup>
- les services de téléchargement et de partage de contenus (par ex. de vidéos)
- l'informatique en nuage<sup>7</sup>
- les places de marché électroniques (mais : les services de communication intégrés dans des places de marché électroniques sont assimilés à des services de télécommunication)
- les médias sociaux (mais : les services de communication intégrés dans des médias sociaux sont assimilés à des services de télécommunication)
- les services mobiles de localisation (*Location Based Services*)

### 4.2 Définition du terme « fourniture de services »

Voir explications sous le ch. 3.2.

### 4.3 Exceptions

Voir explications sous le ch. 3.3.

---

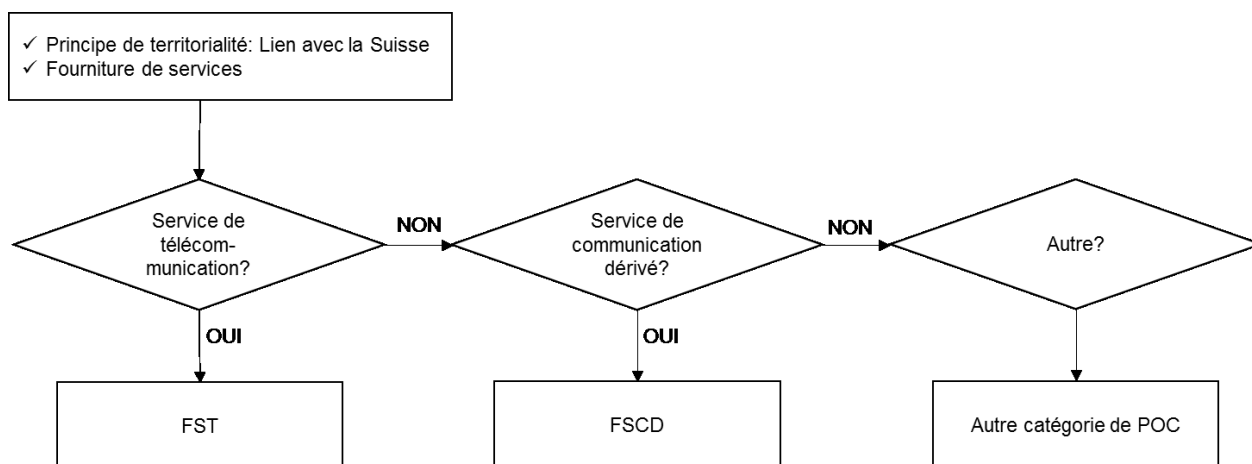
<sup>6</sup> Message du 27 février 2013 relatif à la LSCPT, FF 2013 2379, p. 2404

<sup>7</sup> Message du 27 février 2013 relatif à la LSCPT, FF 2013 2379, p. 2404

## 5 Aide pour l'auto-évaluation

Les explications sous ce chapitre valent aussi bien pour les FST que pour les FSCD. Pour une meilleure lisibilité, les termes génériques « services » et « fournisseurs » remplacent respectivement ceux de services de télécommunication / services de communication dérivés et de FST / FSCD.

Schéma :



### 5.1 Principe de territorialité

Il faut d'abord déterminer si le fournisseur ou le service offert a un lien avec la Suisse. Découlant du principe de territorialité, cette condition doit être impérativement remplie pour que la LSCPT s'applique.

Un lien avec la Suisse existe par exemple dans les cas suivants :

- Le fournisseur a son siège en Suisse.
- Le fournisseur a une succursale en Suisse qui contrôle en fait ou en droit la communication ou la sauvegarde de données.
- Le fournisseur offre des services à des personnes qui se trouvent en Suisse ou des services qui s'adressent spécifiquement à des personnes en Suisse.
- Le fournisseur offre ses services en s'appuyant sur une infrastructure en Suisse qui lui appartient ou sur laquelle il dispose d'un droit d'utilisation particulier (par ex. sur la base d'un contrat de location ou d'un contrat assimilable à un contrat de location portant sur une utilisation commune d'éléments de réseau).
- Le fournisseur est annoncé auprès de l'OFCOM. En particulier les fournisseurs utilisant des ressources d'adressage ou des fréquences de radiocommunication faisant l'objet d'une concession gérées et attribuées par l'OFCOM.
- Le fournisseur est tenu de s'annoncer auprès de l'OFCOM et utilise des ressources gérées par l'OFCOM ou attribuées par la ComCom mais qui ne lui ont pas été directement attribuées par l'OFCOM ou la ComCom (attribution subséquente de blocs de numéros ou utilisation par un opérateur de réseau mobile virtuel de fréquences de radiocommunication faisant l'objet d'une concession pour la fourniture de services de télécommunication). Le critère déterminant est ici l'utilisation effective des ressources et non leur attribution en propre<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Message du 6 septembre 2017 concernant la révision de la LTC, FF 2017 6185, 6234

## 5.2 Les critères définissant la « fourniture de services » sont-ils réunis ?

Il faut d'abord vérifier si les critères définissant la *fourniture de services* selon les ch. 3.2 ou 4.2 sont réunis et si on n'est pas en présence d'une exception selon les ch. 3.3 ou 4.3.

- Dans l'affirmative, poursuivre l'évaluation selon le ch. 5.3.
- Dans la négative, le fournisseur n'est considéré ni comme un FST, ni comme un FSCD au regard du service examiné. Il convient alors de vérifier s'il relève le cas échéant, pour ce service, d'une autre catégorie de personnes obligées de collaborer (art. 2, let. a, d, e ou f, LSCPT).

## 5.3 Service de télécommunication et service de communication dérivé : critères de distinction

Il y a lieu de vérifier si le service concerné est un service de télécommunication :

- Dans l'affirmative, le fournisseur relève de la catégorie des FST en ce qui concerne le service examiné.
- Dans la négative, il convient de vérifier s'il s'agit d'un service de communication dérivé selon le ch. 4.1 :
  - Dans l'affirmative, le fournisseur relève de la catégorie des FSCD en ce qui concerne le service examiné.
  - Dans la négative, le fournisseur n'est considéré ni comme un FST, ni comme un FSCD en ce qui concerne le service examiné. On vérifiera alors encore s'il relève le cas échéant, pour ce service, d'une autre catégorie de personnes obligées de collaborer selon l'art. 2, let. a, d, e ou f, LSCPT.

## 5.4 Fournisseurs proposant aussi bien des services de télécommunication que des services de communication dérivés

Dans le cas d'un fournisseur proposant aussi bien des services de télécommunication que des services de communication dérivés, il convient d'examiner ces deux catégories de services séparément. Pour la part de leurs activités qui englobent les services de télécommunication, ces fournisseurs sont soumis aux obligations des FST. On relèvera que pour le calcul du chiffre d'affaires annuel déterminant selon l'art. 51, al. 1, let. b, ch. 2, OSCPT, pour être considéré comme un FST ayant des obligations restreintes en matière de surveillance, les revenus réalisés en Suisse pour les deux catégories de services sont additionnés (services de télécommunication et services de communication dérivés).

De la même manière, pour leurs activités touchant aux services de communication dérivés, ces fournisseurs ne sont soumis qu'aux obligations prévues pour cette catégorie. En ce qui concerne le calcul du chiffre d'affaires annuel déterminant selon l'art. 22, al. 1, let. b, ou l'art. 52, al. 1, let. b, OSCPT pour savoir si un FSCD doit être considéré comme ayant des obligations étendues en matière de fourniture de renseignements ou de surveillance, c'est le chiffre d'affaires généré par l'ensemble des services offerts en Suisse qui est pris en compte et non pas uniquement les chiffres d'affaires issus des services de télécommunication et des services de communication dérivés.