

Département fédéral de justice et  
police DFJP  
A l'att. de Madame la Conseillère  
fédérale Evelyne Widmer-Schlumpf  
Palais fédéral ouest  
3003 Berne

RR/mz

312

Berne, le 16 août 2010

**Révision totale de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication : ouverture de la procédure de consultation**

Madame la Conseillère,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) vous remercie de l'avoir consultée sur le projet cité en marge. Dans le délai imparti, la FSA vous fait connaître ses observations.

L'évolution constante des télécommunications, qui s'est poursuivie de l'adoption de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 (LSCPT), peut justifier une adaptation de cette dernière. On peut comprendre le souhait de mettre en œuvre des formulations plus générales, qui devraient couvrir les nouveautés à apparaître dans la technique et la gestion des télécommunications, sans nécessiter, à chaque fois, une révision des textes légaux. Les mesures de surveillance représentant toutefois des atteintes parmi les plus graves qui puissent être portées aux libertés publiques, notamment à la protection de la sphère privée, l'élargissement du champ d'application devrait s'accompagner d'un renforcement au moins égal des droits des citoyens, des garanties de procédure et du droit à la défense. Si le premier objectif paraît atteint dans le projet mis en consultation, on ne saurait en dire autant du second. Sous couvert de nécessités d'ordre technique on assiste, comme on le verra ci-dessous, à un « *grignotage* » des garanties que la Loi fédérale du 6 octobre 2000 avait mises en place. L'équilibre voulu par ce texte entre l'efficacité de la répression et la protection des droits des citoyens est rompu et l'on assiste à un certain glissement vers un Etat policier. La FSA, à cet égard, s'autorise à mettre en cause la composition des groupes d'experts. Il était certes normal en l'espèce que des représentants de l'Office fédéral de la communication et de l'Association Suisse des Télécommunications fussent intégrés au groupe ; on ne comprend en revanche pas pour quel motif seules des au-

torités de poursuite et de police ont été invitées à y participer, à l'exclusion des organisations qui se vouent à la défense des justiciables et à la protection des libertés publiques. Le déséquilibre du projet renvoie l'image de la composition du groupe qui l'a conçu.

### **Art. 9 et 16 litt. c : Consultation en ligne**

Ces dispositions consacrent le passage de la remise d'une transcription ou de supports de données à une consultation en ligne par l'autorité requérante. Ce changement radical pose en tout cas deux questions qui ne sont ni abordées dans le rapport ni résolues dans le projet.

- a) La consultation est autorisée non seulement à l'autorité qui a ordonné la surveillance mais également aux personnes désignées par elle (art. 9 al. 1<sup>er</sup>). Au vu des dangers que présente une telle consultation, celle-ci devrait être limitée au strict minimum.

Pour prévenir la violation du secret fonction et en assurer, si nécessaire, la répression, une traçabilité totale doit être assurée. Il doit en tout temps être possible de reconstituer qui a consulté les données stockées dans la banque du Service et quelles données ont été consultées et/ou téléchargées.

Si des mesures strictes d'organisation ne sont pas prises pour limiter la consultation et en assurer la traçabilité, le système mis en place présentera un accroissement considérable du risque lié à la surveillance des télécommunications. Des supports de données et des transcriptions peuvent être mis sous clef ; des mesures équivalentes doivent être prises pour la consultation en ligne.

- b) Les règles sur la consultation du dossier, auxquelles renvoie l'art. 10 al. 1<sup>er</sup> du projet, ne s'appliquent qu'à ce qui figure dans le dossier. Avec le nouveau système mis en place, les données stockées dans la banque du Service ne font pas, d'emblée, partie du dossier et ne sont pas consultables par ceux qui n'ont qu'accès au dossier. Elles n'entrent au dossier que lorsqu'elles sont téléchargées, placées sur un support versé au dossier ou lorsqu'elles font l'objet d'une transcription, elle-même versée au dossier. Or, cette opération relève de la compétence de l'autorité qui a ordonné la surveillance ou de celle qui a repris la procédure. Cette autorité est ainsi placée dans la situation de faire une sélection des données qu'elle entend télécharger. Ce pouvoir considérable doit être contrôlé pour qu'il s'exerce de la manière voulue par le législateur : téléchargement de toutes les données pertinentes pour la procédure et de celles-là seules, à l'exclusion de celles qui ne sont pas pertinentes pour la cause. Ce pouvoir peut, dans les faits, être détourné de son but, la sélection étant opérée non plus en fonction de la pertinence pour la cause mais de l'orientation que l'autorité consultante entend donner à la procédure. Il convient donc de mettre en place un mécanisme de surveillance, notamment par des voies de droit, permettant à la défense de vérifier que toutes les données utiles pour elle ont été versées au dossier.

Le projet est ainsi incomplet. Cette lacune est liée au fait que le souci des libertés publiques n'a pas présidé à son élaboration.

### **Art. 16 litt. d : Branchement direct**

Le branchement direct devrait demeurer exceptionnel, puisqu'il est subordonné à la condition que le Service ne soit pas en mesure de recevoir, d'enregistrer ou de transmettre des communications. Il implique le risque de disparition de tout ou partie des données, lesquelles seraient normalement restées stockées dans la banque du Service. On peut se demander si le branchement direct ne devrait pas être doublé de l'obligation, pour le destinataire, d'enregistrer l'ensemble des données transmises.

### **Art. 22 : Identification des utilisateurs qui accèdent à Internet**

La FSA n'est en soi pas opposée à la disposition prévue mais elle se demande si l'on a réellement mesuré l'impact social qu'auront les mesures nécessaires à l'identification stricte de tous les utilisateurs d'Internet dans les cybercafés, les écoles, les hôtels, etc.

### **Art. 27**

On prend acte avec satisfaction de ce que la surveillance reste limitée aux données secondaires (actuel art. 3a LSCPT). On ne voit toutefois pas pour quel motif la disposition restrictive de l'actuel art. 8 al. 5 LSCPT est supprimée :

*« Les informations obtenues dans le cadre d'une surveillance ordonnée en application de l'art. 3a ne peuvent être utilisées que pour sauver la personne disparue et doivent être ensuite détruites. Est notamment interdite leur utilisation dans le but de poursuivre des actes punissables ».*

### **Art. 28 : Recherche de personnes condamnées**

On rappelle que le fait de se soustraire à l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une mesure n'est en soi pas une infraction. Le principe de proportionnalité implique que la mesure de surveillance, qui frappera régulièrement le raccordement de tiers, soit justifiée soit par la gravité de l'infraction qui fonde la condamnation, soit par l'importance de la peine qu'il s'agit d'exécuter. Si l'on opte pour la première solution on pourra utilement se référer à l'art. 269 al. 2 CPP. Si l'on se fonde sur la peine prononcée, il faudra fixer un seuil, par exemple une année, ce d'autant plus qu'il est question de réintroduire les courtes peines privatives de liberté, lesquelles ne sauraient justifier des mesures de surveillance de la correspondance postale ou par télécommunication.

### **Art. 23 : Augmentation de la durée de conservation des données**

La durée actuelle de conservation des données est de six mois, comme elle l'est dans d'autres pays. Le projet la ferait passer à douze mois. Aucune motivation pertinente n'est donnée à cet égard.

La FSA n'est pas, par principe, opposée à une extension de la durée de conservation mais elle demande que les besoins invoqués soient réellement justifiés.

### **Art. 30 : Gratuité de la mise en œuvre de la surveillance**

La gratuité des services des professionnels chargés de la surveillance va créer, pour les consommateurs, une charge comparable au prélèvement d'un impôt indirect puisque, sur un marché peu marqué par la concurrence, les opérateurs auront tendance à reporter leurs frais sur les utilisateurs. La question centrale est toutefois ailleurs. La surveillance est un coût économique provoqué par la procédure pénale et il doit logiquement être imputé sur les charges de la corporation au nom de laquelle s'exerce la poursuite pénale. Permettre à l'autorité ou à une corporation d'ordonner des mesures coûteuses et faire supporter les frais par un tiers conduit fatalement à l'absence de contrôle des coûts. Dans la situation actuelle l'obligation, pour la corporation au nom de qui est conduite la procédure pénale, de supporter les frais de mesures de surveillance amène nécessairement l'autorité compétente à se poser la question de la proportionnalité : l'importance de la cause justifie-t-elle les frais à engager pour des mesures de surveillance ? Le découplage de la compétence et de la charge financière ne peut conduire qu'à l'explosion du nombre des mesures de surveillance.

### **Art. 271 CPP : Protection du secret professionnel**

Dans la loi actuelle, les dispositions protégeant le secret professionnel sont complètes, satisfaisantes sur le fond mais, il est vrai, dispersées dans le texte légal (art. 3 al. 4 in fine, art. 4 al. 3, art. 4 al. 6, art. 8 al. 3, art. 8 al. 4). L'art. 271 CPP, non encore entré en vigueur, tendait à faire une synthèse de ces dispositions, avec une innovation toutefois ; le branchement direct pourrait être ordonné en cas de surveillance d'un raccordement détenu par une personne soumise au secret professionnel : si le détenteur du secret professionnel est prévenu d'une infraction et que des raisons particulières l'exigent (par exemple la nécessité d'obtenir les informations le plus rapidement possible FF 2006, p. 1232). La synthèse n'a pas été particulièrement réussie. Quant au projet, il contient des éléments qui défient toute logique. Pourquoi les secrets professionnels portant sur des objets étrangers à l'enquête seraient-ils protégés, par l'élimination du dossier, lorsque le professionnel soumis au secret est surveillé comme simple détenteur d'un raccordement, tandis qu'ils ne le seraient pas lorsque la surveillance est admise sur la base d'une prévention et de soupçons graves ? Dans l'un et l'autre cas, les intérêts des clients, patients ou fidèles à la protection du secret sont les mêmes et, dans l'un et l'autre cas, il n'y a aucun intérêt répressif à laisser dans le dossier des informations qui lui sont étrangères et qui sont couvertes par le secret professionnel.

Le projet mis en consultation part de l'idée que l'art. 271 CPP, qui n'est pas encore entré en vigueur, doit être revu. Il convient donc de le reprendre entièrement, sous la seule réserve de la modification substantielle que le législateur a voulu y apporter lors de l'adoption du Code de procédure pénale (autorisation du branchement direct dans des cas exceptionnels).

Dans tout Etat civilisé, le secret professionnel doit être protégé lors de mesures de surveillance de la correspondance postale et par télécommunication. Il doit l'être sur la base des principes suivants :

- La surveillance du raccordement de la personne soumise au secret professionnel doit demeurer exceptionnelle.
- Cette surveillance doit être effectuée de manière à ne saisir que les faits qui sont l'objet de la procédure pénale en cours.
- Le tri doit se faire par un tribunal non impliqué dans la procédure pénale.
- Cela signifie que la surveillance en temps réel ou par branchement direct ne soit mise en œuvre qu'en cas de circonstances exceptionnelles.
- Les éléments protégés par le secret professionnel et découverts lors de la surveillance de raccordements de tiers doivent être éliminés du dossier et ne peuvent être utilisés.

Dans ces conditions, la FSA propose une réécriture complète et non seulement partielle de l'art. 271, consacré à la protection du secret professionnel :

« *Art. 271 Protection du secret professionnel*

1. *La surveillance d'une personne appartenant à l'une des catégories professionnelles énumérées aux arts. 170 à 173 est en principe interdite ; exceptionnellement, une telle surveillance peut être ordonnée si :*

*a) la personne concernée fait l'objet de graves soupçons ;*

*b) des faits déterminés font présumer :*

- *que le prévenu utilise l'adresse postale ou le raccordement de télécommunication de cette personne pour recevoir des envois et des communications ;*
- *que cette personne reçoit des communications déterminées pour le compte du prévenu ou des communications émanant du prévenu, qu'il est chargé de retransmettre à d'autres personnes.*

2. *En cas de surveillance d'une personne appartenant à l'une des catégories professionnelles énumérées aux arts. 170 à 173, l'accès direct par les autorités de*

*poursuite pénale aux informations recueillies dans le cadre de la surveillance est empêché. Les informations qui n'ont pas de rapport avec l'objet de l'enquête ni avec le motif pour lequel la personne concernée est soumise à surveillance sont triées, sous la direction d'un tribunal et avec la collaboration de représentants de la profession en cause. Ce tri est opéré de manière que les autorités de poursuite pénale n'aient connaissance d'aucun secret professionnel.*

3. *Un accès direct peut être autorisé lorsque :*
  - a) *des soupçons graves pèsent sur le détenteur du secret professionnel lui-même et que*
  - b) *des raisons impérieuses l'exigent.*
4. *Dans le cas visé à l'alinéa précédent, les documents fournissant des informations étrangères à l'objet de l'enquête sont éliminés du dossier et détruits immédiatement, sous la surveillance d'un tribunal et avec la collaboration de représentants de la profession en cause.*
5. *En cas de surveillance d'autres personnes, les informations à propos desquelles l'une des personnes mentionnées aux arts. 170 à 173 pourrait refuser de témoigner doivent être retirées du dossier de la procédure pénale et immédiatement détruites ; elles ne peuvent pas être exploitées. »*

La FSA se tient à la disposition du Département et de l'Office fédéral de la justice pour des propositions ou des discussions rédactionnelles. Sur le fond, elle s'engagera de manière déterminée pour que les principes rappelés ci-dessus soient définitivement ancrés dans la législation, comme cela avait été le cas lors de l'adoption de la LSCPT en l'an 2000.

Veillez agréer, Madame la Conseillère, l'expression de notre considération très distinguée.

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Brenno Brunoni  
Président

René Rall  
Secrétaire général