Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
1A.188/2003/dxc
1A.189/2003
1A.190/2003

Arrêt du 13 avril 2004
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Aemisegger, Président de la Cour et Président du Tribunal fédéral,
Aeschlimann, Reeb, Féraud et Fonjallaz.
Greffier: M. Parmelin.

Parties
Orange Communications SA, World Trade Center, avenue de Gratta-Paille 2, 1000 Lausanne 30,
TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zurich,
recourantes, représentées par Mes Lorenzo Marazzotta et Regula Widmer, avocats, Mühlebachstrasse 32,
case postale 769, 8024 Zurich,

contre

Service des tâches spéciales, Palais fédéral Nord, 3003 Berne,
Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, 3003 Berne.

Objet
détermination de raccordements de téléphonie mobile,

recours de droit administratif contre les décisions de
la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, du 9 juillet 2003.

Faits:
A.
Par acte des 10 avril, 29 mai et 13 juin 2002, le Service des tâches spéciales du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après: le Service des tâches spéciales) a transmis pour exécution à Orange Communications SA et à TDC Switzerland AG trois ordres de surveillance émanant des autorités judiciaires pénales vaudoises et genevoises, visant à obtenir les données relatives aux appels de téléphonie mobile qui ont transité par leurs antennes desservant un lieu précis délimité par ses coordonnées géographiques, durant un laps de temps déterminé.
Les sociétés concernées ayant refusé d'obtempérer en arguant du défaut de base légale relative à ce type de surveillance, le Service des tâches spéciales leur a enjoint de lui livrer les données exigées, le cas échéant de les transmettre directement aux autorités requérantes, au terme de trois décisions prises en date des 21 mai, 31 mai et 28 juin 2002.
Statuant le 9 juillet 2003 par trois décisions distinctes rendues sur recours d'Orange Communications SA et de TDC Switzerland AG, la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (ci-après: la Commission de recours) a confirmé ces décisions. Elle a considéré que la question des frais inhérents à l'exécution de la mesure de surveillance ordonnée ne faisait pas l'objet du litige et a déclaré irrecevable la conclusion tendant à leur prise en charge par l'autorité requérante en cas de rejet du recours. Elle a estimé au surplus que le Service des tâches spéciales ne s'était à juste titre

pas prononcé sur la légalité de la mesure de surveillance incriminée, dès lors que cet examen relevait de la compétence exclusive de l'autorité habilitée à autoriser une telle surveillance.
B.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, Orange Communications SA et TDC Switzerland AG demandent au Tribunal fédéral d'annuler ces décisions et, subsidiairement, de renvoyer la cause à la Commission de recours ou au Service des tâches spéciales pour nouvelles décisions sur l'admissibilité des recherches par champ d'antennes. Elles dénoncent à divers titres une violation du droit fédéral, du secret des télécommunications et de la liberté économique. Elles invoquent également la nullité des décisions du Service des tâches spéciales.
La Commission de recours et le Service des tâches spéciales concluent au rejet des recours. Le Département fédéral de justice et police a renoncé à se déterminer.
C.
Par ordonnance du 1er octobre 2003, le Président de la Ire Cour de droit public a accordé l'effet suspensif aux recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Les recours sont dirigés contre trois décisions séparées prises le même jour par la même autorité, qui confirment par une motivation en tous points identiques l'obligation faite aux recourantes de transmettre des données recueillies dans le cadre de mesures de surveillance qu'elles estiment non couvertes par la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT; RS 780.1) et son ordonnance d'application (OSCPT; RS 780.11). Il se justifie par conséquent de joindre les causes et de statuer par un seul arrêt (cf. art. 40 OJ et 24 PCF; ATF 124 III 382 consid. 1a p. 385; 123 II 16 consid. 1 p. 20; 113 Ia 390 consid. 1 p. 394 et les arrêts cités).
2.
Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 337 consid. 1 p. 339; 129 II 453 consid. 2 p. 456).
2.1 La première question à résoudre est celle de la voie de droit ouverte contre les décisions du Service des tâches spéciales, étant précisé que ces dernières répondent manifestement à la notion de décision au sens des art. 5 PA et 97 al. 1 OJ en tant qu'elles imposent aux recourantes l'obligation de transmettre des données recueillies en exécution d'un ordre de surveillance qu'elles tiennent pour illégal. La Commission de recours a considéré que la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication contenait une lacune qu'il convenait de combler en reconnaissant aux fournisseurs de services de télécommunication un droit de recourir devant elle contre ces décisions, conformément à l'art. 32 OSCPT. Sous l'angle de l'ancien droit, l'Entreprise des PTT recevait les ordres de surveillance téléphonique directement des autorités judiciaires cantonales compétentes en vue de leur exécution. Les éventuelles contestations à ce sujet devaient être portées directement auprès de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral en vertu des art. 27 al. 5, 2ème phrase, et 252 al. 3 PPF, dans la mesure où elles relevaient de l'entraide judiciaire entre la Confédération et les cantons au sens de l'art. 352 CP (ATF 123 II 371
consid. 1c p. 373; 115 IV 67 consid. 1a p. 69; 79 IV 179 consid. 1 p. 182). Dans le système légal actuel, les fournisseurs de services de télécommunication n'ont aucun contact direct avec l'autorité requérante; ils reçoivent le mandat d'exécuter la surveillance et de transmettre les données y relatives directement du Service des tâches spéciales avec lequel ils sont liés par une relation de droit administratif indépendante de la procédure pénale. Aussi, en cas de contestation de la part des fournisseurs de services de télécommunication, les décisions du Service des tâches spéciales doivent être déférées auprès de la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, conformément à l'art. 32 OSCPT, les décisions prises par cette autorité étant elles-même sujettes à un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral (en ce sens, Bernhard Sträuli, La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, in: Plus de sécurité-moins de liberté?, Groupe Suisse de Travail de Criminologie, Zurich 2003, n. 285, p. 190).
2.2 La seconde question à résoudre est celle de savoir dans quelle mesure les décisions du Service des tâches spéciales peuvent être attaquées devant la Commission de recours, puis devant le Tribunal fédéral par les fournisseurs de services de télécommunication et, en particulier, si ces derniers peuvent recourir en invoquant l'illégalité de l'ordre de surveillance sur lequel elles se fondent. Le Service des tâches spéciales ne s'est pas

prononcé sur cette question au motif qu'elle échappait à son contrôle. La Commission de recours a confirmé le bien-fondé de cette décision, en relevant que l'examen de la légalité de la mesure de surveillance requise incombait à l'autorité habilitée à autoriser une telle surveillance.
2.2.1 Aux termes de l'art. 3 al. 1 LSCPT, pour qu'une surveillance soit ordonnée, il est nécessaire que de graves soupçons reposant sur des faits déterminés pèsent sur la personne concernée quant à la commission de l'un des actes punissables visés à l'al. 2 ou 3, ou quant à sa participation à un tel acte (let. a), que la gravité de l'acte le justifie (let. b) et que les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction soient restées sans succès ou que les recherches n'aient aucune chance d'aboutir ou qu'elles soient excessivement difficiles en l'absence de surveillance (let. c). L'art. 4 LSCPT définit à quelles conditions la surveillance d'un tiers, d'un poste public de télécommunication, d'un raccordement qui ne peut être attribué à une personne connue, ou d'une personne tenue au secret professionnel, peut être ordonnée. Les autorités habilitées à ordonner ou à autoriser une surveillance sont énumérées aux art. 6 et 7 al. 1 LSCPT. Selon l'art. 7 al. 3 LSCPT, l'autorité habilitée à autoriser la surveillance examine si la mesure portant atteinte à la personnalité est justifiée. Elle statue dans les cinq jours à compter du moment où la surveillance a été ordonnée en indiquant brièvement les motifs. Elle communique immédiatement sa décision au service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, soit au Service des tâches spéciales. L'art. 13 al. 1 let. a LSCPT prévoit qu'en cas de surveillance de la correspondance par télécommunication, ce dernier vérifie que la surveillance concerne un acte punissable mentionné à l'art. 3, al. 2 ou 3, et qu'elle a été ordonnée par une autorité compétente; si l'ordre de surveillance est clairement erroné ou s'il n'est pas motivé, le service prend contact avec l'autorité habilitée à autoriser la surveillance avant de transmettre des informations à l'autorité qui a ordonné celle-ci. L'art. 15 LSCPT dispose qu'à la demande du service, les fournisseurs de services de télécommunication sont tenus de lui transmettre les communications de la personne surveillée ainsi que les données permettant d'identifier les usagers et celles relatives au trafic et à la facturation. Ils sont également tenus de fournir les informations nécessaires à la mise en oeuvre de la surveillance (al. 1). Ils transmettent dans les meilleurs délais les données permettant l'identification des usagers qui leur ont été demandées, les données relatives au trafic et à la facturation et, si possible en temps réel,
les communications de la personne surveillée (al. 4). A teneur de l'art. 10 LSCPT, la surveillance est levée par l'autorité qui l'a ordonnée dès qu'elle n'est plus utile au déroulement de l'enquête ou lorsque l'autorisation ou sa prolongation ont été refusées (al. 1). Au plus tard lors de la clôture de la procédure pénale ou de la suspension de la procédure, l'autorité qui a ordonné la surveillance communique les motifs, le mode et la durée de la surveillance aux suspects et aux personnes dont l'adresse postale ou le raccordement ont fait l'objet d'une surveillance, à l'exception des postes publics de télécommunication (al. 2 let. a et b). Dans les 30 jours suivant la communication, la personne ayant fait l'objet de la surveillance peut interjeter recours, en invoquant le caractère illicite et l'absence de proportionnalité de la surveillance (al. 5). Les personnes qui ont utilisé le même raccordement ou la même adresse postale peuvent également interjeter recours. Elles ont le droit de consulter les informations qui concernent leur personne et ont été utilisées dans la procédure pénale et de demander l'élimination des informations qui ne sont pas nécessaires (al. 6).
2.2.2 Suivant le Message du Conseil fédéral du 1er juillet 1998 concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète, le Service des tâches spéciales joue un rôle d'intermédiaire entre les autorités habilitées à ordonner une surveillance et les fournisseurs de services postaux et de télécommunication pour l'exécution des mesures de surveillance. Il veille à ce que la surveillance s'effectue dans la forme prescrite et que les mesures de protection soient bien mises en oeuvre. Il donne les instructions aux fournisseurs de services quant à la manière d'exécuter la surveillance. Le Service des tâches spéciales n'exerce qu'un contrôle formel de la demande; il vérifie que l'ordre de surveillance fait état d'une infraction visée par l'art. 3 al. 2 et 3 LSCPT et qu'il émane de l'autorité compétente au regard du droit de procédure applicable. Si l'ordre de surveillance est manifestement non conforme, par exemple parce qu'aucun délit permettant d'effectuer une surveillance n'y figure, ou s'il y manque des éléments essentiels, soit notamment lorsqu'une personne tenue au secret professionnel fait l'objet d'une surveillance sans que soient prises des mesures de
protection, il doit s'adresser à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance et lui demander des instructions. Il ne dispose en revanche d'aucun pouvoir d'examen matériel vis-à-vis des décisions des autorités habilitées à autoriser la surveillance. Il incombe ainsi exclusivement à ces dernières de vérifier la légalité de l'atteinte portée aux droits des personnes concernées par les mesures de surveillance (FF 1998 IV 3691, 3723-3725;

August Biedermann, Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, RPS 2002 p. 96). Sur ce point, le rôle du Service des tâches spéciales est le même que celui assigné sous l'ancien droit à l'Entreprise des PTT (ATF 126 I 50 consid. 2b p. 55; 119 IV 86 consid. 2c p. 89/90; 115 IV 67 consid. 3b p. 71; 79 IV 179 consid. 3 p. 183; arrêt 1P.608/2000, du 7 novembre 2000 consid. 3b reproduit in sic! 2001 p. 23/24; August Biedermann, op. cit., p. 97/98).
De même, en vertu des art. 14 al. 1 et 15 al. 1 LSCPT, les fournisseurs de services postaux et de télécommunication sont tenus de transmettre les données requises dans la mesure où elles reposent sur un ordre de surveillance approuvé par l'autorité habilitée à autoriser la surveillance selon l'art. 7 LSCPT et vérifié par le Service des tâches spéciales en application de l'art. 13 al. 1 let. a LSCPT, sans pouvoir contester la conformité à la loi, la nécessité ou encore l'opportunité de la mesure de surveillance ordonnée. Ils ne seraient d'ailleurs pas en état de le faire puisque le Service des tâches spéciales n'est pas censé leur remettre une copie de l'ordre de surveillance, contrairement à la pratique qui prévalait sous l'ancien droit (FF 1998 IV 3727). De ce point de vue également, leur situation n'est pas différente de celle de l'Entreprise des PTT, existant avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (ATF 115 IV 67 consid. 3b p. 71; 79 IV 179 consid. 3 p. 183/184; voir aussi, ATF 126 I 50 consid. 2b p. 55; Astrid von Bentivegni, Les mesures officielles de surveillance en procédure pénale, thèse Lausanne 1986, p. 72).
Il ressort ainsi de la systématique de la loi et des travaux préparatoires que le législateur a voulu assigner exclusivement un rôle d'exécutants tant au Service des tâches spéciales qu'aux fournisseurs de services de télécommunication et exclure toute possibilité de leur part de contester la légalité d'un ordre de surveillance, celle-ci étant réservée uniquement aux personnes ayant fait l'objet de la surveillance ou qui sont impliquées, selon les modalités prévues à l'art. 10 al. 5 et 6 LSCPT. Le système légal ne souffre à cet égard d'aucune lacune improprement dite qu'il appartiendrait à la Commission de recours ou au Tribunal fédéral de combler par une extension du droit de recours conféré aux fournisseurs de services à l'art. 32 OSCPT à l'encontre des décisions du Service des tâches spéciales pour des motifs relatifs à la validité de l'ordre de surveillance sur lequel elles se fondent (cf. ATF 128 I 34 consid. 3b p. 42; 124 V 346 consid. 3b/aa p. 348; 121 III 219 consid. 1d/aa p. 225/226). Les fournisseurs de services ne sont donc pas habilités à contester une décision du Service des tâches spéciales qui les oblige à transmettre des données couvertes par un ordre de surveillance dûment approuvé par l'autorité pénale
compétente, en remettant en cause la légalité de cet ordre. Le recours institué en leur faveur à l'art. 32 OSCPT ne saurait porter sur ce point, mais uniquement sur des questions d'ordre technique ou organisationnel liées à l'exécution de la mesure de surveillance qui leur est demandée.
Pour le surplus, la question de savoir si les recherches par champ d'antennes sont ou non couvertes par la loi et son ordonnance d'application a trait à la légalité de la mesure de surveillance, dont l'examen ressortit à la compétence exclusive de l'autorité habilitée à autoriser la surveillance. Elle échappe ainsi au contrôle du Service des tâches spéciales et ne saurait être soumise à la cognition de la Commission de recours par le biais du recours prévu à l'art. 32 OSCPT, dans la mesure où les recourantes ne prétendent pas que ce type de surveillance exigerait de leur part des connaissances ou des moyens techniques qui leur feraient défaut (cf. arrêt 1P.608/2000 du 7 novembre 2000, consid. 3b reproduit in sic! 2001 p. 23/24; d'un avis contraire, Thomas Hansjakob, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Saint-Gall 2002, n. 1 ad art. 32 OSCPT).
2.2.3 L'absence de recours en faveur des fournisseurs de services de télécommunication contre une décision du Service des tâches spéciales leur enjoignant d'exécuter un ordre de surveillance qu'ils tiennent pour illégal ne consacre aucune violation de l'art. 13 CEDH. Cette disposition se borne à garantir l'existence en droit interne d'un recours effectif permettant de faire examiner le contenu des griefs fondés sur la Convention et d'obtenir le redressement approprié (arrêt de la CourEDH du 12 mai 2000 dans la cause Khan c. Royaume-Uni, Recueil 2000-V p. 303, § 44). Or, les fournisseurs de services de télécommunication ne peuvent se prévaloir de l'art. 8 CEDH pour s'opposer à la transmission de données couvertes par le secret des télécommunications, dont seuls les usagers concernés en sont les bénéficiaires. L'octroi d'un droit de recours étendu à la légalité de la mesure de surveillance ne s'impose donc pas en vertu de l'art. 13 CEDH, pour autant que cette disposition puisse être invoquée en l'occurrence. Pour le surplus, la possibilité offerte par l'art. 10 al. 5 LSCPT à la personne surveillée de recourir a posteriori contre un ordre de surveillance qu'elle tient pour illégal ou disproportionné suffit à satisfaire les exigences
d'un recours effectif au sens de l'art. 13 CEDH (ATF 109 Ia 273 consid. 12 p. 298), indépendamment d'une

éventuelle voie de recours cantonale qui pourrait être reconnue aux fournisseurs de services de télécommunication (cf. ATF 126 I 50). Ces derniers ne peuvent non plus déduire un droit de recours général et inconditionnel directement de l'art. 29a Cst., dès lors que cette disposition n'est pas encore entrée en vigueur (ATF 129 I 103 consid. 2.3.2 in fine p. 108; 126 II 377 consid. 8d/bb p. 396). Ils sont au demeurant suffisamment protégés par la possibilité qui leur est offerte à l'art. 32 OSCPT de contester des ordres de transmission émanant du Service des tâches spéciales, qu'ils ne seraient pas en mesure d'exécuter pour des questions techniques ou organisationnelles.
2.2.4 Les recourantes ne s'exposent au surplus à aucune poursuite pénale de la part des clients, dont le raccordement serait concerné par l'ordre de surveillance, si ce dernier devait finalement se révéler non conforme à la loi ou à son ordonnance d'application. Suivant la jurisprudence, une violation du secret des télécommunications n'entre pas en considération lorsque les données transmises font l'objet d'un ordre de surveillance dûment approuvé par l'autorité habilitée pour le faire (ATF 115 IV 67 consid. 5b p. 74). De ce point de vue également, une extension du droit de recours des fournisseurs de services de télécommunication portant sur la légalité de la mesure de surveillance requise ne se justifie pas.
2.3 Vu ce qui précède, les recourantes ne sont pas habilitées à recourir contre les décisions du Service des tâches spéciales leur enjoignant de communiquer les données requises, en invoquant l'illégalité des mesures de surveillance sur lesquelles elles se fondent. En tant qu'elles s'en prennent directement à la légalité des ordres de surveillance, leurs recours sont irrecevables. En revanche, elles peuvent se prévaloir d'un intérêt digne de protection, au sens des art. 48 let. a PA et 103 let. a OJ, à faire examiner si le Service des tâches spéciales a procédé à un contrôle des ordres de surveillance qui s'inscrit dans le cadre défini par la loi. En examinant la question de la légalité sous cet angle, la Commission de recours a correctement apprécié son rôle d'autorité de recours; or, pour les raisons exposées ci-dessus, elle a admis à juste titre que cette question échappait au contrôle du Service des tâches spéciales et relevait exclusivement de la compétence de l'autorité habilitée à autoriser la surveillance; sur ce point, les recours sont mal fondés et doivent être rejetés. Pour le surplus, Orange Communications SA et TDC Switzerland AG ne se prévalent pas d'inconvénients de nature technique ou organisationnelle pour
s'opposer à l'exécution des mesures de surveillance qui leur sont imposées. La question de la prise en charge des frais inhérents à l'exécution des mesures de surveillance incriminées fera l'objet d'une décision ultérieure du Service des tâches spéciales, sujette à recours, sur la base du décompte que lui adresseront les recourantes, de sorte qu'en l'état, ces dernières ne subissent aucun préjudice matériel, dont elles pourraient se prévaloir pour faire constater l'illégalité de la surveillance sous forme de recherche par champ d'antennes par un recours fondé sur l'art. 32 OSCPT.
2.4 Enfin, les recourantes ne peuvent refuser de donner suite aux décisions du Service des tâches spéciales en invoquant la nullité absolue de l'ordre de surveillance sur lequel elles se fondent. En dehors des cas expressément prévus par la loi, il n'y a lieu d'admettre d'office la nullité qu'à titre exceptionnel, soit lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. Tel est le cas lorsque le vice dont la décision est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit (ATF 129 I 361 consid. 2.1 p. 363/364 et les arrêts cités). L'illégalité d'une décision ne constitue pas par principe un motif de nullité; elle doit au contraire être invoquée dans le cadre des voies ordinaires de recours, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, elle n'apparaît pas d'emblée clairement établie et que la loi ouvre une voie de recours a posteriori aux personnes concernées par la mesure de surveillance pour faire constater l'illicéité d'un ordre de surveillance (cf. arrêt 1P.531/1996 du 19 décembre 1997, consid. 2 reproduit à la RDAT 1998 I n°5 p.
23).
3.
Les recours doivent par conséquent être rejeté dans la mesure où ils sont recevables, aux frais des recourantes qui succombent (art. 156 al. 1 OJ). Il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Les causes 1A.188/2003, 1A.189/2003 et 1A.190/2003 sont jointes.
2.

Les recours sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables.
3.
Un émolument judiciaire de 4'000 fr. est mis à la charge des recourantes, à raison de 2'000 fr. chacune.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des recourantes, au Service des tâches spéciales et à la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, ainsi qu'au Département fédéral de justice et police.
Lausanne, le 13 avril 2004
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: