Urteilskopf

130 II 249

23. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit public dans la cause Swisscom SA et Swisscom Mobile SA contre Service des tâches spéciales ainsi que Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des trans- ports, de l'énergie et de la communication (recours de droit administratif) 1A.185/2003 du 13 avril 2004

Regeste (de):
Art. 32 VÜPF; Anfechtung eines Entscheides des Dienstes für Besondere Aufgaben; Umfang des Beschwerderechts der Anbieterinnen von Fernmeldediensten.

Die Entscheide des Dienstes für Besondere Aufgaben können an die Rekurskommission des Eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation weitergezogen werden, deren Entscheide der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen (E. 2.1).

Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sind nicht befugt, einen Entscheid des Dienstes für Besondere Aufgaben, der sie zur Übermittlung von Mobiltelefon-Daten verpflichtet, mit der Begründung anzufechten, die erlassene Überwachungsanordnung sei rechtswidrig (E. 2.2).

Regeste (fr):
Art. 32 OSCPT; voie de droit ouverte contre une décision du Service des tâches spéciales; étendue du droit de recours 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, les décisions prises par cette autorité étant quant à elles sujettes à un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral (consid. 2.1).

Les fournisseurs de services de télécommunication n'ont pas qualité pour recourir contre une décision du Service des tâches spéciales leur enjoignant de transmettre des données de téléphonie mobile en invoquant l'illégalité de l'ordre de surveillance sur lequel elle se base (consid. 2.2).

Regesto (it):
Art. 32 OSCPT; rimedi di diritto contro una decisione del Servizio per compiti speciali; portata del diritto di ricorrere degli offerenti di prestazioni di telecomunicazione.

Le decisioni del Servizio per compiti speciali possono essere impugnate dinanzi alla Commissione di ricorso del Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni, le cui decisioni sono soggette al ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale (consid. 2.1).

Gli offerenti di prestazioni di telecomunicazione non sono legittimati a ricorrere avverso una decisione del Servizio per compiti speciali, che impone loro di trasmettere dati di telefonia mobile, invocando l'illegalità dell'ordine di sorveglianza (consid. 2.2).

Sachverhalt ab Seite 250

Par actes 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 Swisscom SA et à Swisscom Mobile SA 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 les 21 mai, 31 mai et 28 juin 2002. Swisscom SA et Swisscom Mobile SA ont vainement contesté ces décisions devant 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). Le Tribunal fédéral a rejeté les recours de droit administratif formés par Swisscom SA et Swisscom Mobile SA contre les décisions prises par cette autorité le 9 juillet 2003, dans la mesure où ils étaient recevables.

Erwägungen

Extrait des considérants:

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; ATF 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 de l'ordonnance du 31 octobre 2001 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT; RS 780.11). 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, 2e 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; ATF 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-mêmes 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 par les fournisseurs de services de télécommunication devant la Commission de recours, puis devant le Tribunal fédéral 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 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT; RS 780.1), 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 p. 3691, 3723-3725; AUGUST BIEDERMANN, Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, RPS 120/2002 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; ATF 119 IV 86 consid. 2c p. 89/90; ATF 115 IV 67 consid. 3b p. 71; 79 IV 179 consid. 3 p. 183; arrêt 1P.608/ 2000 du 7 novembre 2000, consid. 3b, publié in sic! 1/2001 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 p. 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 par poste et télécommunication (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

BGE 130 II 249 S. 255

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; ATF 124 V 346 consid. 3b/aa p. 348; ATF 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 donc 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, publié in sic! 1/2001 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 dans la cause Khan contre Royaume-Uni du 12 mai 2000, Recueil CourEDH 2000-V p. 303, par. 44).

BGE 130 II 249 S. 256

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 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 sont au demeurant suffisamment protégés par la possibilité qui leur est offerte à l'art. 32 OSCPT de contester des ordres de transmission 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 de leurs clients, dont le rac-

cordement 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, Swisscom SA et Swisscom Mobile SA 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.

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, publié in RDAT 1998 I n°5 p. 23).

3. Dans une conclusion subsidiaire, les recourantes demandent à ce que l'intégralité des frais liés à l'exécution des mesures de surveillance soit prise en charge par les autorités requérantes. Comme le relève à juste titre la Commission de recours, cette question est prématurée. Conformément aux art. 16 LSCPT, 30 et 31 OSCPT, l'indemnité versée aux fournisseurs de services de télécommunication pour les frais occasionnés par la surveillance 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. Sur ce point, les recours sont irrecevables.