



Genève, le 28 juin 2017

Le Conseil d'Etat

3187-2017

Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Département fédéral de justice et police
(DFJP)
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Concerne : Consultation fédérale sur les projets d'ordonnances de mise en œuvre de la nouvelle loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication

Madame la Conseillère fédérale,

En date du 22 mars 2017, vous avez transmis au Conseil d'Etat de la République et canton de Genève les projets d'ordonnance d'exécution relatifs à la nouvelle loi mentionnée sous concerne; notre Conseil vous remercie de nous permettre de prendre position à ce propos et vous fait part de ses commentaires

Nous attirons d'ores et déjà votre attention sur le fait que nous adhérons entièrement aux déterminations exprimées par la Conférence des Commandants des Polices Cantonales de Suisse (CCPCS), qui vous ont été adressées en date du 1^{er} mai 2017 dans le cadre de cette consultation, en particulier à celles relatives à l'ordonnance sur les émoluments et à sa refonte complète par un groupe de travail sous l'égide des autorités politiques.

Les projets d'ordonnances laissent prévoir une forte augmentation des émoluments (70%) qui sera suivie par des augmentations de 100 à 130%. En pratique, l'impact de ces dernières va se démultiplier, car les types de surveillances rendues possibles par les nouvelles ordonnances augmentent. Pour pouvoir disposer d'informations pertinentes pour une procédure pénale, plusieurs types de surveillance devront être combinés, ce qui, couplé à l'augmentation des émoluments, aura un impact important sur le coût des effectifs de surveillance.

Par le seul effet de l'augmentation des tarifs pratiqués actuellement, la charge supplémentaire pour notre canton est évaluée à 1,5 million CHF au minimum. S'ajoutera encore au montant précité, l'augmentation due à la facturation d'émoluments nouveaux ou liés à de nouvelles prestations en relation avec l'instruction des procédures judiciaires.

La philosophie à la base de ces augmentations serait le principe de la couverture des frais; il s'agit toutefois d'une approche erronée de ce principe. Parmi les contributions publiques, on distingue en effet les impôts, les contributions causales et les taxes d'orientation¹. Le principe de la couverture des frais ne s'applique qu'aux taxes causales²; or, de telles taxes ne concernent que les avantages particuliers accordés par l'Etat à un citoyen³. Les principes généraux relatifs au principe de la couverture des frais ne peuvent donc nullement justifier une augmentation des émoluments mis à la charge des cantons par la Confédération.

Outre ce principe de la couverture des frais, l'article 43a de la Constitution fédérale ne constitue pas non plus une base juridique valable pour justifier les coûts actuels de la surveillance, et encore moins les augmentations prévues.

Par ailleurs, en règle générale, les prestations dont la Confédération fait bénéficier les cantons en matière de poursuite pénale ne leur sont pas facturés. On peut penser en particulier au casier judiciaire VOSTRA, à la base de données ADN CODIS ou encore aux prestations de l'Office fédéral de la justice en matière d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ou d'extradition. Une saine coopération entre la Confédération et les cantons fait que chacun assume ses coûts et il n'y a ainsi aucune raison qu'il en aille différemment dans le domaine des mesures de surveillance.

La conséquence principale de la facturation des frais de surveillance aux cantons est donc d'ordre budgétaire. Le pouvoir judiciaire devra solliciter des moyens supplémentaires pour couvrir les coûts futurs et les procureurs pourront par conséquent être tentés de renoncer à une mesure de surveillance au vu de son coût, avec pour effet une diminution de l'efficacité de la justice. A titre de comparaison, une demande de production de documents bancaires a toujours été gratuite et le restera, les instituts financiers cherchant des moyens de réduire leurs coûts sans réduire leurs prestations.

Dans le cadre de la nouvelle loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), nous relevons qu'en plus des deux ordonnances actuellement existantes – OSCPT et OEI-SCPT – qui font l'objet d'une révision complète, trois nouvelles ordonnances ont été édictées : celle relative à la mise en œuvre de la surveillance, la seconde sur le système de traitement de la surveillance et la dernière réglant l'organisation d'un organe consultatif en matière de surveillance. Les deux premières touchant des aspects particuliers, la traduction de spécifications techniques sous forme d'ordonnance risque de constituer un frein dès que de nouvelles normes devront être adoptées et nécessiteront, dès lors, une révision.

La multiplication des types de surveillance rendus possibles par les différentes ordonnances risque, par son approche en silo, de compliquer la tâche à la fois du pouvoir judiciaire (les juges devenant des experts techniques) et des entités chargées de mettre en place la surveillance. Si cette approche vise probablement à appliquer le principe de proportionnalité dans le cadre des mesures de surveillance, elle néglige néanmoins la réalité du « tout-numérique » et les liens entre données qu'elle met en œuvre, sans que cette approche en silo assure nécessairement un meilleur respect des principes de protection des données personnelles. Par son sens du détail, elle se condamne à une rapide obsolescence des moyens décrits, ce qui entraînera de multiples remaniements des ordonnances.

¹ Arrêt 2C_768/2015 du 17 mars 2017, consid. 4.1; ATF 135 I 130 consid. 3; arrêt 2C_466/2008 du 10 juillet 2009 consid. 4.2

² Xavier OBERSON, Droit fiscal suisse, Bâle, 2012, p. 56

³ Ibid., p. 4

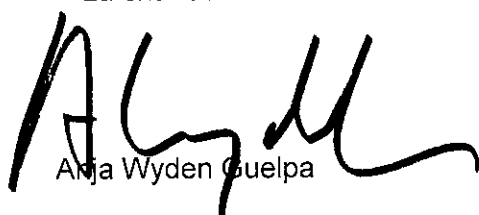
Par ailleurs, cette approche nécessite de la part des fournisseurs de service de télécommunication et des services postaux la mise en œuvre de nombreuses procédures parallèles et exige des délais de réaction souvent très courts.

Fort de ce qui précède, nous vous faisons encore part, dans le document en annexe à la présente, de nos commentaires sur les éléments qui nous semblent les plus importants concernant l'ensemble des projets d'ordonnances.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez sur notre prise de position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

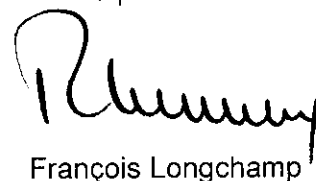
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp

Annexe mentionnée



Consultation fédérale sur les projets d'ordonnances de mise en œuvre de la nouvelle loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication

Annexe à la réponse de la République et canton de Genève

A. Remarques sur l'Ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT)

Les progrès en matière de possibilités de surveillance sont à saluer; toutefois, le nombre de types de demandes et les complications administratives qui en découlent présentent une lourdeur bureaucratique à la charge du demandeur. Comme exprimé dans la prise de position de la République et canton de Genève, le nombre et le tarif des émoluments sont impressionnants et propres à engendrer des coûts très importants aux cantons.

Recherche phonétique

A l'heure actuelle, le système permettant d'identifier les différentes ressources de communications attribuées à une personne est très restrictif; seule une saisie avec une orthographe rigoureusement identique aux données enregistrées chez les personnes obligées de collaborer permet d'obtenir un résultat. Dès lors, toute faute de frappe ou inversion du nom/prénom chez un prestataire de services ne permet pas de faire remonter l'information aux autorités de poursuite pénale, pouvant laisser penser à une absence réelle de résultat. La mise en place de recherches phonétiques, qui de l'aveu même de certains opérateurs ne serait pas compliquée à mettre en œuvre, constitue une évolution nécessaire et devant disposer d'une base légale claire.

Art. 4

Il s'agit d'un changement de paradigme dommageable par rapport à la pratique actuelle qui veut que les prestations soient payées à la fin de la mesure technique et non dès le début. Dès lors, en cas de services insatisfaisants ou inexistantes, les moyens de contraintes seront plus limités. Ce changement de paradigme n'est pas tolérable et nous nous y opposons.

Art. 5

La protection du secret professionnel selon l'art. 271 CPP relève exclusivement de la compétence du tribunal qui ordonne la mesure – soit le Tribunal des mesures et contraintes. L'article 5 de l'ordonnance, qui octroie un droit de blocage aux Services SCPT, ne repose ainsi sur aucune base légale; Il n'existe aucune justification d'accorder un droit de veto à un service administratif de la Confédération. Il convient ainsi impérativement de renoncer à cette prescription.

Art. 12 & art. 13

Dans son souci de transparence, le Service SCPT publie chaque année les statistiques des différents types de mesures qui ont été ordonnées par les cantons et la Confédération. Les statistiques relatives aux mesures "classiques" de l'art.12 devraient être régies selon les mêmes modalités que l'art. 13, al. 2. A l'inverse, afin d'assurer une exploitation optimale des "programmes informatiques spéciaux" et garder un avantage tactique certain, les statistiques y relatives doivent absolument rester le plus générales possible et ne devraient, dès lors, pas intégrer "le programme informatique utilisé".

Si le principe d'une statistique est prévu dans le CPP (art. 269bis al. 2 et art. 269ter al. 4 nCPP), l'article 13 de l'ordonnance exige des informations trop détaillées qui sont préjudiciables à la poursuite pénale. Ces dernières étant rendues publiques, il faut donc que les informations transmises par le Ministère public se limitent aux seules infractions concernées et à l'indication du nombre de surveillance au sens des articles susmentionnés du CPP.

Art. 18, al. 2

L'obligation de pouvoir obtenir les informations visées par cet article, rapidement et en tout temps, est nécessaire dans le cadre d'enquêtes judiciaires. L'automatisation des demandes garantira également un traitement efficace de celles-ci, certains opérateurs de téléphonie continuant à l'heure actuelle de faire ces recherches manuellement.

Art. 20

Le délai de conservation des indications de six mois par rapport à la conservation des données secondaires de douze mois n'est pas pratique et réaliste; ces délais doivent être harmonisés à douze mois et la loi adaptée en conséquence.

Art. 28, al. 4

Les autorités de poursuite pénale collaborent pleinement et gratuitement avec le Service SCPT dans le cadre des différents projets liés à l'interception des communications. Il bénéficie directement des différents tests effectués dans le cadre de cette collaboration ou de la pratique opérationnelle des services de police, ceci afin d'améliorer ses prestations. En outre, ces cibles de test sont également un outil didactique important, la formation étant assurée par les cantons eux-mêmes. Dans ce contexte, il est incompréhensible que les autorités de poursuite pénale doivent s'acquitter d'émoluments alors même que les cibles de tests sont un des instruments essentiels du processus coopératif en place.

Art. 36, al. 2 & 37, al. 2

Les éléments techniques demandés sont contraignants et il est illusoire d'imaginer que les autorités de poursuite pénale puissent donner toutes les informations listées pour obtenir un renseignement. L'ambiguïté de l'article laisse en effet la possibilité à une personne obligée de collaborer de se retrancher derrière l'absence d'une donnée pour refuser de répondre, car la recherche demandée fournirait plus d'un résultat, ne concernant pas uniquement la ou les personnes visées par la procédure.

Art. 66, al. 1

Cet article limite les recherches par champs d'antennes par tranche de deux heures; cette limitation n'a aucune base légale, une telle recherche pouvant être demandée sur une période de six mois. Bien qu'il soit possible de faire une demande pour des durées plus longues, cela entraîne toutefois pour chaque tranche de deux heures une facturation au prix fort. Dès lors, aucune indication horaire ne devrait figurer. La proportionnalité de la mesure n'a pas à être limitée par cet article, mais uniquement par le Tribunal des mesures de contrainte.

B. Remarques sur l'Ordonnance sur les émoluments et les indemnités en matière de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OEI-SCPT)

Ce projet d'ordonnance augmente de manière très importante les coûts, ce qui n'est pas admissible; le nombre d'émoluments et le tarif encore augmenté deviennent ainsi prohibitifs. Par ailleurs, il institue une asymétrie des coûts en faveur exclusive de la Confédération.

Art. 3

Parallèlement à une augmentation des émoluments justifiés par le principe de la couverture des frais, l'ordonnance reporte tout le risque technique sur les autorités de poursuite pénale. Il est totalement inadmissible d'exiger le paiement d'un émolument alors même qu'une donnée ne peut être fournie.

Art. 6

Cet article précise que les surveillances ordonnées en dehors des heures ouvrables sont soumises à une surtaxe. L'article 10 OSCPT prévoit que les heures normales de travail vont de 8h à 17h, sans interruption. Il n'est dès lors pas admissible que le commentaire de l'article 6 OEI-SCPT précise que les *«autorités doivent ainsi s'attendre à devoir acquitter le forfait par cas pour les ordres qui parviennent au service SCPT à partir de 16 heures»*. Il s'agit là d'une entrave au déroulement du travail des autorités de poursuite pénale. La possibilité d'envoyer – sans surtaxe – des ordres de surveillance jusqu'à 17h00 au moins au service SCPT doit être prévue dans l'ordonnance.

Art. 16, let. b

Cet article ne prévoit pas d'indemnité en faveur des personnes chargées de collaborer si le service SCPT délègue à des tiers, alors qu'il est prévu que le service encaisse des émoluments importants si les cantons requièrent une prestation de sa part. Ce système devrait faire une place à un échange plus équilibré en faveur des tiers délégués par le service SCPT.

C. Remarques sur l'Ordonnance sur le système de traitement pour la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OST-SCPT)

Nous retenons que le cercle forcément limité des personnes spécialement formées au sein des autorités de poursuite pénale ayant accès au système engendre des coûts pour le canton (formation et personnel dédié) et des limites dans l'exploitation des moyens de recherche de preuves, ce qui est regrettable.