



Le 13 mai 2013

Procédure de consultation relative à l'avant-projet de loi sur le renseignement (LRens)

Prise de position de la Faculté de droit

Sans se prononcer sur les questions politiques qui sont hors de sa sphère de compétence, la Faculté de droit, par la voix de ses départements de droit public et de droit civil, souhaite faire quatre observations.

Base légale précise : l'avant-projet de loi sur le renseignement met en place un régime spécial dérogeant notamment à l'art. 4 al. 4 LPD. Dans la mesure où cette loi porte une atteinte grave à l'autodétermination en matière de données personnelles (art. 13 al. 2 Cst.), une base légale précise s'impose. Si l'avant-projet de loi sur le renseignement prévoit généralement les conditions dans lesquelles la collecte de données doit être opérée, il conviendrait de formuler l'art. 3 al. 4 LRens d'une manière moins ouverte, en particulier (i) en reformulant cette disposition pour qu'elle ne se réfère pas seulement au droit de se procurer ces données mais aussi à celui de les traiter et (ii) en réservant l'art. 29 LRens (obligation d'informer les personnes surveillées, a posteriori, à la fin de la surveillance), voire (iii) l'art. 22 LRens – ce qui rendrait plus clair le type de mesures soumises à autorisation et qui peuvent être prises à l'insu de la personne concernée.

Autorité compétente : l'avant-projet donne au Tribunal administratif fédéral (TAF) la compétence pour autoriser les mesures de recherche de l'art. 22 LRens. Si l'on comprend le raisonnement du groupe de travail, à savoir que ces mesures sont menées par des membres de l'administration sous le contrôle du département fédéral compétent, on doit aussi reconnaître que de nombreuses raisons militent en faveur d'une compétence du Tribunal pénal fédéral (TPF). En particulier, le TPF bénéficie déjà d'une expérience dans ce domaine ; il convient dès lors de profiter au mieux de cette expérience et d'assurer, en plus et surtout, une cohérence dans l'application de ces démarches intrusives. Qui plus est, l'objectif de celles-ci tend relativement souvent à identifier des agissements ayant une connotation pénale. Enfin, il n'est pas rare de voir le TPF intervenir dans des procédures administratives (typiquement, dans les mesures d'enquêtes de l'art. 42 LCart). Ces aspects impliquent une véritable réflexion de fond, sur l'ensemble de la loi, y compris quant aux voies de droit prévues à l'art. 71 LRens.

Rapports avec l'étranger : l'avant-projet de loi souffre en partie d'une dispersion des normes relatives aux relations avec l'étranger et à la localisation de renseignements. Cette structure nuit parfois à une vision cohérente de cette problématique (p.ex. art. 10 sur la collaboration avec l'étranger et art. 56 sur la transmission de données personnelles à des autorités étrangères, alors que la seconde disposition s'inspire de certaines conditions énoncées à la première). Certes, la transmission de renseignements dans ce cadre obéit par nature à ses propres règles ; on doit cependant se demander s'il ne conviendrait pas de donner une place à des principes, tels que la confidentialité et la spécialité, appliqués dans des domaines sensibles comme l'assistance administrative en matière bancaire et financière. A l'opposé, il y a lieu de s'interroger sur des restrictions qui semblent – au moins dans la rédaction actuelle de l'avant-projet – dénoter d'une vision technologique quelque peu dépassée ou, à tout le moins, vague. C'est typiquement le cas de l'art. 32 al. 2 LRens (systèmes et réseaux informatiques se trouvant à l'étranger) ou de l'art. 34 al. 2 LRens (émetteur et récepteur en Suisse dans l'hypothèse de réseaux câblés) : d'une part, force est de reconnaître que localiser précisément un système ou un réseau informatique tient du défi, ne serait-ce que parce qu'il s'agit précisément d'un système ou d'un réseau, donc d'un ensemble technique particulièrement complexe. Comment d'autre part appréhender dans ce cadre légal des phénomènes liés à la communication via internet (Skype) ou aux réseaux sociaux ?

Transparence de l'administration : l'avant-projet de loi soustrait du champ d'application de la loi sur la transparence les procédures relatives à la recherche d'informations au sens de l'avant-projet de loi sur le renseignement (voir annexe). Cette exception ne se justifie pas dans la mesure où la pratique a montré, d'une part, que les demandes étaient peu nombreuses dans ce domaine et que, d'autre part, le mécanisme des exceptions prévues par la loi sur la transparence suffisait à prévenir la diffusion incontrôlée de données délicates. L'administration doit en droit positif justifier le secret de telles procédures, sous le contrôle final d'un juge : en demandant de sortir ces procédures du champ d'application de la loi sur la transparence, l'administration se dispenserait de cette ultime possibilité de contrôle. Cet élément est particulièrement problématique pour un service dont les activités sont parfois nécessairement contraires aux principes même de l'Etat de droit (voir les mesures de renseignement prises à l'étranger qui sont considérées « souvent comme étant répréhensibles » [commentaire ad art. 32, p. 49]).

Pour terminer, l'on ajoutera qu'il serait utile de coordonner ce projet législatif avec d'autres projets en cours, en particulier la révision totale de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, FF 2013 2379/2483).

C. Bovet
Professeur

A. Flückiger
Professeur

D. Mani
Professeure