

Message concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète

du 1^{er} juillet 1998

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons ci-joint deux projets de lois sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète, en vous demandant de l'approuver.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 1992 | P | 92.3250 | Bases légales à la lutte occulte contre le trafic de stupéfiants (E 10.12.92, Danioth) |
| 1993 | P | 92.3416 | Agents infiltrés. Suppression de l'atténuation de peine pour les criminels (N 19.3.93, Leuba) |
| 1993 | M | 93.3205 | Surveillance téléphonique (N 16.6.93, Commission de gestion du CN; E 9.12.93) |
| 1993 | P | 99.3347 | Lutte contre la violence et la criminalité organisée (N 17.12.93, groupe démocrate-chrétien) |
| 1994 | P | 94.3315 | Lutte contre le crime organisé (N 27.9.94, Commission des affaires juridiques du CN 94.005; E 29.9.94) |
| 1994 | P | 94.3316 | Utilisation de «repentis» dans la lutte contre le crime organisé (N 27.9.94, Commission des affaires juridiques du CN 94.005) |
| 1995 | P | 93.3477 | Surveillance des télécommunications. Personnes astreintes au secret professionnel (N 1.2.95, Stucky; E 3.10.95) |
| 1996 | M | 95.3202 | Sauvegarde du secret professionnel lors de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (E 3.10.95, Commission des affaires juridiques du CE 93.3477; N 13.6.96) |
| 1997 | P | 97.3468 | Surveillances lors de harcèlement téléphonique qualifié (S 8.10.97, Bieri) |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,
l'assurance de notre haute considération.

1^{er} juillet 1998

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Cotti

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

Condensé

Pour la poursuite pénale, on a besoin de mesures secrètes d'investigation, notamment pour lutter contre le crime organisé. Comme les personnes concernées n'ont pas la possibilité de recourir immédiatement contre une telle atteinte, ce qui est le cas lors d'autres mesures de contrainte, la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et l'investigation secrète doivent être limitées à la lutte contre des délits d'une certaine gravité et être ordonnées dans le cadre d'une procédure conforme aux règles constitutionnelles.

Les deux lois proposées dans ce message ont été réclamées par plusieurs parlementaires, notamment après la publication en 1992 par un groupe de travail de la Commission de gestion du Conseil national du rapport «La surveillance téléphonique de la Confédération». Elles créent en outre une réglementation uniforme pour la Confédération et les cantons lorsque la Confédération a constitutionnellement la compétence d'édicter une telle réglementation. Cela touche l'ensemble du domaine de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (fondé sur l'art. 36, 1^{er} al., cst.) et l'investigation secrète pour lutter contre le trafic de stupéfiants (fondée sur l'art. 69^{bis} cst.). Par contre, la mise en œuvre de moyens techniques de surveillance et l'investigation secrète relative à des délits dont la poursuite incombe aux cantons ne tombent pas sous le champ d'application de ces lois. Les deux projets de lois sont réunis en un message unique car il serait judicieux que des conditions et des garanties de procédure similaires s'appliquent à des mesures secrètes d'investigation aux effets comparables.

Comme jusqu'à présent, la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications doit pouvoir être ordonnée par les autorités judiciaires qui mènent l'enquête et être autorisée par une autorité unique pour tout le canton ou, lorsqu'elle est du ressort de la Confédération, par le président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral ou par le président du Tribunal de cassation militaire. Les conditions seront plus sévères que celles du droit en vigueur. A l'avenir, lors de la poursuite de la plupart des délits il ne sera plus possible d'ordonner des mesures de surveillance. L'autorité chargée d'approuver la mesure ne devra pas seulement vérifier la légalité, mais également la proportionnalité de l'atteinte et lors de la surveillance de tiers, en particulier de personnes astreintes au secret professionnel, veiller à ce que la surveillance soit accompagnée de mesures de protection suffisantes. L'identification des usagers et l'octroi de renseignements sur le trafic et la facturation font l'objet d'une réglementation particulière. Depuis la libéralisation de la correspondance des télécommunications, la Poste ou Swisscom ne sont plus seuls à être concernés par l'exécution des mesures de surveillance; un service chargé de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications en est la plaque tournante et en assure la responsabilité.

L'investigation secrète est un instrument de la police dont les autorités de poursuite pénale disposent lors de procédures difficiles. Elle sert principalement à élucider des transactions illégales bilatérales dans lesquelles un agent infiltré entre en relation avec l'auteur de l'infraction en se faisant passer pour un client intéressé. Une telle intervention est principalement réservée à des fonctionnaires de police spécialement formés, exceptionnellement d'autres personnes peuvent également entrer en ligne de compte. Le projet distingue une première phase, où l'agent est désigné pour

accomplir une telle mission et s'y prépare, d'une seconde phase, où il intervient dans une procédure pénale concrète. Munis de l'autorisation d'un juge, les agents infiltrés peuvent être dotés d'une identité d'emprunt et recevoir une protection appropriée lorsqu'au cours de la procédure pénale ils doivent être confrontés à l'inculpé en tant que témoins. Ils ne doivent aborder la personne visée par l'enquête que pour l'amener à concrétiser l'acte qu'elle a décidé de commettre, ils ne doivent par contre pas la pousser à commettre d'autres délits ou des délits plus graves que celui qui était projeté.

Les deux lois n'engendrent en principe aucune dépense supplémentaire pour la Confédération et les cantons, bien qu'il faille signaler que les deux formes d'investigation sont onéreuses. L'origine de l'augmentation des coûts constatée ces dernières années ne réside pas dans la réglementation prévue par la loi, mais dans l'augmentation de la criminalité combattue avec ces instruments, notamment celle liée au trafic illicite de stupéfiants.

Message

1 Partie générale

11 Nécessité de disposer de mesures secrètes d'investigation

Les mesures secrètes d'investigation, telles que la surveillance téléphonique, mais également l'investigation secrète, constituent des instruments efficaces pour lutter contre le crime organisé. Lorsqu'il s'agit de délits sans victime ou sans lésé direct, mais ayant trait à la conclusion d'affaires illicites, p. ex. le trafic de stupéfiants, de matériel de guerre ou de substances radioactives, le transfert de technologie ou le recel, les recherches et l'administration des preuves sont souvent rendues difficiles lorsqu'elles sont exécutées avec les instruments d'investigation traditionnels. Ces délits ne peuvent être détectés au stade de leur préparation que si l'échange d'informations entre leurs auteurs présumés fait l'objet d'une surveillance (surveillance de la correspondance postale et des télécommunications) ou si une personne qui y est associée collabore avec les organes de poursuite pénale (investigation secrète). L'acquisition secrète d'informations permet plus tard à la police d'intervenir pendant ou immédiatement après la commission du délit ou de recueillir des preuves.

Dans son rapport «La surveillance téléphonique de la Confédération» (cf. FF 1993 I 1029 ss), la Commission de gestion du Conseil national a déjà constaté que l'importance des surveillances téléphoniques résidait dans la pratique surtout dans les investigations, et non comme moyen de preuve lors du procès. La mise en œuvre de surveillances téléphoniques n'a pas été non plus fondamentalement contestée dans ce rapport, qui a en outre confirmé que les autorités compétentes fédérales et cantonales mettent en œuvre ces mesures d'investigation dans un nombre restreint de cas et respectent ainsi le cadre légal.

Lorsque l'intervention d'agents infiltrés s'inscrit dans le cadre de la répression de transactions illégales bilatérales, comme c'est p. ex. le cas lors de la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants, elle se révèle particulièrement fructueuse car la punissabilité intervient très tôt, c'est-à-dire dès que la drogue a été proposée. La préparation et la conclusion d'un marché fictif peut constituer la preuve de la commission d'une infraction.

Dans le débat politique, l'infiltration d'agents est essentiellement préconisée lorsqu'il s'agit de combattre le crime organisé. Il convient toutefois de ne pas surestimer cette forme d'investigation secrète. On ne peut pas recourir de manière fréquente et systématique à une mesure aussi coûteuse et pleine de risques, qui ne peut être utilisée que dans des situations particulièrement propices. Une telle intervention pourrait être p. ex. très prometteuse là où une organisation criminelle est directement impliquée dans l'économie légale (banques, entreprises commerciales, etc.), c'est-à-dire dans les sociétés où le crime organisé place ses fonds et desquelles il exige des prestations. Systématique, elle serait toutefois très problématique dans ces domaines et devrait être rejetée par principe car la police ne doit pas être habilitée à explorer, au moyen de méthodes secrètes, les affaires licites d'entreprises dont les prestations pourraient également être utilisées par des criminels. Lors d'investigations touchant de telles entreprises, ce sont les méthodes d'investigation traditionnelles prévues par le droit de procédure pénale qui doivent être utilisées; l'investigation secrète

n'entrerait en ligne de compte que si d'importants criminels y travaillaient personnellement.

A l'avenir, d'autres moyens devront être examinés pour lutter contre le crime organisé. L'introduction récente de l'article 260^{ter}, chiffre 2, du code pénal (CP; RS 311.0), qui permet une atténuation libre de la peine lorsque l'auteur «se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation», constitue un pas important dans cette direction. Les mesures telles que le «plea bargaining» (accord entre les autorités chargées de la poursuite et du jugement et les auteurs d'infractions sur les délits qui seront retenus lors de la procédure) et la réglementation relative aux témoins «de la couronne» («queen's evidence») seront examinées dans le cadre de l'unification de la procédure pénale; il s'agit cependant d'instruments étrangers au droit suisse de procédure pénale et qui, en conséquence, ne devraient guère être réalisés rapidement.

12 L'état du droit aujourd'hui

121 Surveillance de la correspondance postale et des télécommunications

121.1 Introduction

En 1979, la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications a fait l'objet d'une nouvelle réglementation (loi fédérale du 23 mars 1979 sur la protection de la vie privée, RO 1979 1170 ss) fondée sur une initiative parlementaire du conseiller national Gerwig du 27 juin 1973¹. Aujourd'hui, outre les articles 179^{octies} et 400^{bis} CP, les dispositions communes relatives à l'atteinte au secret postal et au secret des télécommunications se trouvent dans la loi du 2 octobre 1924 sur le Service des postes (LSP; RS 783.0, art. 5 et 6) et dans la loi du 21 juin 1991 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10, art. 15 à 18). Elles sont complétées par des réglementations de procédure plus détaillées dans 28 codes de procédure pénale² et dans la loi sur la responsabilité (LRCF; RS 170.32)³. Il ne subsiste qu'une réglementation rudimentaire (art. 44) dans la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RO 1997 2187) et la surveillance de la correspondance postale n'est pas mentionnée dans la loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste (RO 1997 2452). Cependant, depuis peu, l'article 321^{ter} CP protège le secret postal et le secret des télécommunications (art. 36, 4^e al., cst.).

¹ La réglementation actuellement en vigueur s'écarte sur quelques points importants des propositions initiales de l'initiative Gerwig: L'initiative ne prévoyait pas une clause générale mais un catalogue exhaustif de délits. La mesure de surveillance aurait dû être communiquée à la personne concernée dans chaque cas à la fin de la procédure d'enquête. La chambre d'accusation du Tribunal fédéral aurait dû annoncer périodiquement, mais au moins tous les six mois, à une commission de la protection de l'Etat de sept membres élus par l'Assemblée fédérale toutes les surveillances ordonnées pour des motifs liés à la protection de l'Etat. Cette commission aurait dû faire rapport aux Chambres sur ses activités de surveillance.

² 26 cantons, la procédure pénale fédérale (PPF, RS 312.0), la procédure pénale militaire (PPM, RS 322.1); seule la loi sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) ne connaît aucune réglementation de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications.

³ Cf. l'article 14^{bis} réglant la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications de parlementaires ainsi que de magistrats de la Confédération.

121.2 Confédération

Au niveau fédéral, des dispositions de procédure détaillées ont été adoptées aux articles 66 ss PPF ainsi qu'aux articles 70 ss PPM. En substance, la même réglementation s'applique à la correspondance postale et aux télécommunications. Les conditions cumulatives suivantes doivent être remplies:

- présence d'un crime ou d'un délit dont la gravité ou la particularité justifie l'intervention;
- soupçon étayé par des faits déterminés dirigé contre la personne à surveiller, que celle-ci soit l'auteur de l'infraction ou qu'elle y ait participé;
- mesure subsidiaire par rapport aux autres mesures de contrainte de la poursuite pénale (il doit être acquis qu'à défaut de surveillance, les investigations nécessaires seraient notablement plus difficiles à mener ou que d'autres actes d'instruction n'ont pas donné de résultats).

Lorsque les conditions justifiant la surveillance du suspect sont remplies, il est également autorisé de surveiller des tiers si des faits déterminés laissent présumer qu'ils reçoivent ou transmettent des informations qui sont destinées au suspect ou qui proviennent de lui. La surveillance des raccordements de personnes qui peuvent refuser de témoigner ne peut pas être ordonnée, à moins qu'il y ait des raisons de soupçonner que le suspect utilise ce raccordement.

La surveillance est une mesure de contrainte de la poursuite pénale. Selon l'article 340 CP, les délits contre la sécurité intérieure et extérieure de la Confédération relèvent de la juridiction fédérale et sont poursuivis par la Confédération. En outre, la Confédération peut, sur la base de l'article 259 PPF, effectuer elle-même des recherches dans les domaines où elle dispose d'un droit de haute surveillance et où plusieurs cantons sont impliqués (cela concerne essentiellement les délits en matière de stupéfiants). Cependant, la surveillance est ordonnée dans la plupart des cas par les cantons⁴, car la majorité des délits relèvent des autorités cantonales de poursuite pénale.

Au niveau fédéral, les juges d'instruction fédéraux et le procureur général de la Confédération (ou les juges d'instruction militaires) ont la compétence d'ordonner une surveillance. Jusqu'à la fin 1997, ils pouvaient charger directement l'Entreprise des PTT d'exécuter la mesure; depuis le 1^{er} janvier 1998, ils envoient les ordres de surveillance au service chargé de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. Ils font dans les 24 heures une demande d'autorisation de la mesure au président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral (ou, suivant le cas, au président du Tribunal militaire de cassation). La décision peut être autorisée pour une durée maximale de six mois, elle peut cependant être prorogée de six mois en six mois sur demande motivée. La demande est examinée au vu de l'exposé des motifs et du dossier; l'examen se limite à la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation.

La procédure est tenue secrète jusqu'à sa conclusion, même à l'égard des personnes concernées. Les enregistrements qui ne sont pas nécessaires à l'enquête sont conservés séparément, sous clés, et détruits à l'issue de la procédure. La personne concer-

⁴ Ainsi en 1991, le Ministère public de la Confédération a ordonné 32 surveillances téléphoniques, alors que 574 l'ont été par des autorités cantonales (cf. à ce sujet FF 1993 I 1031 s.). En 1996, le Ministère public de la Confédération a ordonné 20 surveillances, et les autorités cantonales 1020.

née n'est informée des surveillances ordonnées par le procureur général de la Confédération que durant l'instruction préparatoire qui s'ensuit ou après la suspension des recherches. A la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral datant de 1983, prescrivant aux autorités cantonales de communiquer les surveillances, le Ministère public de la Confédération a lui aussi commencé à les communiquer. L'obligation de communiquer les motifs, le mode et la durée de la surveillance aux personnes concernées dans les trente jours après la fin de la procédure a été introduite lors de la révision de la procédure pénale fédérale de 1991. On peut renoncer à cette communication, avec l'autorisation du président de la Chambre d'accusation, si des intérêts publics importants, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent le maintien du secret. Chaque personne peut demander au juge d'instruction fédéral ou au procureur général de la Confédération s'il a été mis sous surveillance. Si l'autorité refuse de donner le renseignement, la personne concernée peut, dans les dix jours, interjeter recours auprès du président de la Chambre d'accusation.

Le procureur général de la Confédération et l'auditeur en chef de l'armée peuvent également ordonner des mesures de surveillance aux fins de prévenir un acte punissable qui justifie cette atteinte, lorsque des circonstances particulières laissent présumer qu'un tel acte est en préparation.

121.3 Cantons

En 1979, en même temps que la nouvelle réglementation de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications ainsi que celle de la mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance, un article 400^{bis} a été introduit dans la code pénal. Cet article obligeait les cantons à désigner une autorité judiciaire unique appelée à approuver les mesures de surveillance. Tous les cantons ont introduit dans leur code de procédure pénale des procédures semblables à celle de la Confédération. Trois cantons connaissent l'obligation absolue de communiquer le fait qu'une surveillance a été effectuée (Berne, Schaffhouse et Valais), cinq cantons garantissent aux personnes concernées un droit de recours même si aucune instruction préparatoire n'a été ouverte (Unterwald-le-Bas, Zoug, Saint-Gall, Argovie et Thurgovie; dans ce dernier canton, la cour de cassation juge également les demandes de dédommagement des personnes concernées). Il existe des dispositions restrictives allant plus loin que le droit fédéral en matière d'utilisation d'informations découvertes en dehors de l'ordre de surveillance (dans les cantons d'Uri, de Unterwald-le-Bas, de Soleure, de Schaffhouse et d'Appenzell Rhodes-Extérieures). Une interdiction d'utiliser les déclarations de personnes pouvant se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner existe dans les cantons de Lucerne, Unterwald-le-Bas, Bâle-Campagne, Appenzell Rhodes-Extérieures, Valais, Genève et Jura. Le canton de Saint-Gall ne permet la surveillance du raccordement de personnes pouvant refuser de témoigner que si elles sont elles-mêmes suspectes, mais l'interdit si des faits déterminés laissent présumer que leur raccordement est utilisé par une personne inculpée.

122 Investigation secrète

122.1 Introduction

Jusqu'ici, l'intervention d'agents infiltrés n'avait pas fait l'objet d'une réglementation fédérale. Seule la loi sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 (LStup; RS 812.121) contient à l'article 23, 2^e alinéa, un fait justificatif de droit pénal pour les fonctionnaires qui, à des fins d'enquêtes sur des délits en matière de stupéfiants, prennent possession de stupéfiants sans révéler leur qualité et leur identité.

Au niveau cantonal, Berne, Bâle-Campagne et le Valais connaissent une réglementation de l'investigation secrète; l'introduction d'une telle réglementation est prévue dans le canton de Zurich.

122.2 Confédération

Afin de faciliter les enquêtes dans le secteur des stupéfiants, l'article 23, 2^e alinéa, LStup, fondé sur les articles 69, 69^{bis} et 64^{bis} cst., prévoit expressément que les personnes qui, à des fins d'enquête, acceptent elles-mêmes ou par l'intermédiaire de tiers une offre de stupéfiants, ou en prennent possession personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, ne sont pas punissables, même si elles ne révèlent pas leur qualité et leur identité (FF 1973 I 1322 s.; BO E 1973 710; BO N 1974 1459). Dans l'affaire Lüdi, la Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré que l'investigation secrète n'était pas inadmissible par principe: en l'occurrence, l'engagement d'un agent infiltré ne constituant pas une atteinte à la sphère privée au sens de l'article 8, 1^{er} alinéa, de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH; RS 0.101), il n'a pas fallu examiner si l'article 23, 2^e alinéa, LStup conférerait une base légale suffisante à l'investigation secrète (Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, série A, vol. 238; cf. également ATF 112 Ia 18 ss).

Selon l'idée dominante, l'intervention d'agents infiltrés est licite dans la mesure où la nature de l'infraction justifie le caractère occulte de l'investigation secrète et où l'agent infiltré conduit son enquête sur l'activité délictueuse en observant une attitude essentiellement passive, sans essayer de décider l'auteur à agir, c'est-à-dire sans essayer de provoquer l'infraction (ATF 112 Ia 21, avec références).

122.3 Cantons

Parmi les cantons, Berne, Bâle-Campagne et Valais sont actuellement les seuls dont le code de procédure pénale prévoit l'intervention d'agents infiltrés.

En Valais, l'intervention d'agents infiltrés n'est autorisée que dans des affaires graves portant sur des infractions en matière de stupéfiants et si, à défaut d'une telle mesure, la conduite des investigations nécessaires devait s'avérer notablement plus difficile, ou si d'autres actes d'instruction n'ont débouché sur aucun résultat. En outre, l'article 103k du code de procédure pénale valaisan précise que les agents infiltrés sont tenus d'observer une attitude strictement passive; il régit également la procédure (de façon analogue à la surveillance officielle) et fixe les modalités des auditions.

Dans le canton de Berne, l'intervention d'agents infiltrés doit être autorisée par un juge d'instruction; elle est également limitée aux infractions dont la gravité ou la

particularité justifie une telle atteinte. Par contre, elle n'est pas réservée aux seules affaires de stupéfiants. Il est interdit aux agents infiltrés d'inciter les personnes qu'ils côtoient à commettre une infraction.

Mi-février 1995, donnant suite à un mandat du parlement cantonal, la direction de la justice, de la police et des affaires militaires du canton de Bâle-Campagne a également proposé une réglementation pour l'intervention d'agents infiltrés. Son contenu est semblable à celui du code de procédure pénale valaisan. Les dispositions sur l'investigation secrète qui complètent le code de procédure pénale (§ 100e – § 100n) ont été adoptées par le Conseil d'Etat le 18 mars 1997 et sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1997.

Suivant une motion Regine Aepli (KR-Nr. 32/1991), la Direction de la police du Canton de Zurich a élaboré un projet de révision du code de procédure pénale zurichois; ce projet, qui entend conférer une base légale formelle à l'investigation secrète, a fait l'objet d'une procédure de consultation en 1994. Contrairement à ce que prévoit le code de procédure pénale valaisan, la compétence d'ordonner l'intervention d'agents infiltrés serait, dans le canton de Zurich, attribuée non seulement à des juges d'instruction mais aussi à des officiers de police; les § 106c à 106g ne prévoient en outre aucune obligation de faire autoriser la mesure par une autorité judiciaire. La transmission du projet au Grand Conseil a été différée, car pour des raisons inhérentes à la sécurité du droit, le canton de Zurich souhaite harmoniser la réglementation cantonale avec les nouvelles dispositions fédérales.

13 Genèse des deux projets

131 Introduction

Par arrêté du 17 février 1993, le Conseil fédéral a donné mandat au Département fédéral de justice et police (DFJP) d'instituer, d'entente avec le Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie (DFTCE), un groupe d'étude (ci-après: groupe d'étude DFJP) chargé d'examiner la nécessité de légiférer, conformément à l'avis du Conseil fédéral relatif au rapport sur la surveillance téléphonique, chargé aussi d'élaborer un projet destiné à la consultation qui soit fondé sur le résultat des délibérations des Chambres fédérales. Au début, il était prévu de régler la surveillance téléphonique et l'investigation secrète au sein d'un même projet de loi. Les délibérations du Parlement relatives à la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure, notamment la proposition visant à autoriser la surveillance téléphonique dans le domaine préventif, ont toutefois conduit à une séparation temporaire des deux projets et à la suspension des travaux relatifs à la surveillance de la correspondance des télécommunications.

132 Surveillance de la correspondance postale et des télécommunications

132.1 Origine et mandat

La CdG du Conseil national, qui a déposé le 24 mai 1993 une motion sur la surveillance téléphonique (93.3205), est à l'origine des travaux législatifs: le Conseil fédéral y était chargé de soumettre un projet spécial ne figurant pas au programme de

la législation, concernant une révision du CP et d'autres lois, afin de tenir compte des conclusions contenues dans le rapport sur la surveillance téléphonique.

Le 6 octobre 1993, le conseiller national Stucky a déposé une motion sur la surveillance des télécommunications de personnes tenues au secret professionnel (93.3477), qui demande que, par des mesures techniques et administratives, la surveillance et le relevé des conversations téléphoniques entre des inculpés ou des suspects et des personnes tenues au secret professionnel soient exclus.

Le 3 octobre 1995, par voix déterminante de son président, le Conseil des Etats a suivi le Conseil fédéral et n'a transmis cette motion que sous la forme d'un postulat, tout en approuvant simultanément la motion du 29 mai 1995 de sa Commission des affaires juridiques «Sauvegarde du secret professionnel lors de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications» (95.3202). Le Conseil fédéral a été chargé de réviser, en dehors du programme de la législation, les dispositions relatives à la surveillance, par les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons, de la correspondance postale et des télécommunications de manière à ce que, chaque fois que la surveillance d'une personne tenue au secret professionnel est ordonnée, pour autant que celle-ci ne commette pas des actes punissables sous le couvert du secret professionnel, on prenne des mesures de protection appropriées pour empêcher que les personnes chargées de la surveillance puissent prendre connaissance des secrets professionnels de la personne surveillée.

En 1995, le groupe d'étude DFJP a achevé l'élaboration d'un avant-projet destiné à la consultation qui tenait compte des conditions posées par la motion sur la surveillance téléphonique. Le DFJP a suspendu le projet lorsque, dans le cadre de l'examen de la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (FF 1994 II 1123), le Conseil des Etats a décidé d'autoriser les surveillances téléphoniques dans le domaine de la police préventive; cela a retardé la procédure de consultation jusqu'à l'été 1997.

132.2 Résultats de la procédure de consultation

Le 2 juin 1997, le Conseil fédéral a envoyé l'avant-projet en consultation auprès des cantons, des partis politiques et des organisations intéressées.

Sur les 111 organes consultés, 61 ont fait parvenir un avis, y compris le Tribunal fédéral et 25 cantons. L'intention de créer, pour la Confédération et les cantons, une réglementation uniforme sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications aux fins de poursuivre et d'empêcher des infractions a rencontré une très large approbation. La nécessité de réglementer ce domaine a aussi été approuvée, dans la perspective de la libéralisation du secteur des postes et des télécommunications.

La conception concrète de la loi a par contre engendré d'importantes controverses, qui s'expriment par trois positions fondamentales vis-à-vis de la surveillance téléphonique: le groupe le plus important, constitué avant tout des cantons, des organisations proches de la poursuite pénale, mais aussi du PDC, critique le fait que, sans que cela soit justifié, le projet pénalise la poursuite pénale et demande donc une loi qui maintienne les conditions au niveau actuel ou les fixe même à un niveau plus bas que le droit en vigueur. Un groupe situé au centre estime que la pesée des intérêts entre la protection de la personnalité et la poursuite pénale est correcte (le PRD, l'UDC et sept cantons appartiennent à ce groupe). Un petit groupe (PS, Juristes

démocrates, Fédération suisse des avocats) rejette le projet en le considérant trop proche de la police; selon eux, il crée des possibilités de surveillance excessives.

L'appréciation des conditions requises pour ordonner une surveillance constitue un des points principaux des avis: seuls quelques-uns approuvent un catalogue restrictif de délits, une majorité souhaitant qu'on puisse, comme jusqu'à présent, ordonner une surveillance pour tous les crimes et délits, ou que la liste des délits figurant dans l'avant-projet soit élargie. Certains cantons et le milieu des autorités de poursuite pénale critiquent l'aggravation des autres conditions requises pour ordonner une surveillance. Les restrictions apportées à l'utilisation des résultats de découvertes fortuites, l'autorisation particulière nécessaire pour effectuer des branchements directs et les mesures de protection en faveur des personnes tenues au secret professionnel ont fait l'objet de critiques importantes.

La communication postérieure de la surveillance et les droits de recours constituent d'autre pierres d'achoppement. Certains avis souhaitent que l'on renonce à la communication ou que les recours soient tout au moins exclus; plusieurs avis estiment que la communication est effectuée trop tôt si elle doit intervenir dans les 30 jours qui suivent la levée de la surveillance.

Les commentaires des différents articles reviendront plus en détail sur les points mentionnés dans les prises de position.

133 Investigation secrète

133.1 Origine

Outre la motion «surveillance téléphonique» de la Commission de gestion du Conseil national, d'autres interventions parlementaires ont demandé au Conseil fédéral qu'il légifère dans le domaine des investigations secrètes et sont directement ou indirectement à l'origine du présent projet:

- Tout d'abord, le conseiller aux Etats Danioth a déposé le 17 juin 1992 une motion «Bases légales de la lutte occulte contre le trafic de stupéfiants» (92.3250), qui chargeait notamment le Conseil fédéral de soumettre au Parlement un projet donnant une base légale à la lutte occulte contre le trafic de stupéfiants et le crime organisé et de préparer une adaptation des procédures fédérales et cantonales, qui concilie la protection légitime des organes de police chargés de ces tâches et le droit de l'accusé à un juste procès.
- Le 7 octobre 1992, le conseiller national Leuba a déposé la motion «Agents infiltrés. Suppression de l'atténuation de peine pour les criminels» (92.3416) invitant le Conseil fédéral à modifier le Code pénal suisse de manière à éviter que l'infiltration d'un agent de sûreté qui se limite à un comportement passif dans un réseau criminel n'entraîne une atténuation de la peine pour les membres du réseau.
- Dans un postulat «Lutte contre la violence et la criminalité organisée» (93.3347), du 18 juin 1993, le groupe démocrate chrétien a entre autre prié le Conseil fédéral d'élaborer des directives concernant le recours aux services de «taupes».
- Le 15 août 1994, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a déposé une motion «Lutte contre le crime organisé» (94.3315) chargeant le

Conseil fédéral de soumettre aussi rapidement que possible aux Chambres fédérales des propositions législatives permettant:

- à l'office central de lutte contre le crime organisé de mener directement et lui même des investigations en collaboration avec les autorités cantonales compétentes;
- de recourir à l'infiltration d'agents dans les milieux du crime organisé et d'utiliser à charge dans les procédures d'enquête et de jugement les moyens de preuves recueillis par les agents infiltrés tout en préservant leur identité.

133.2 Résultats de la procédure de consultation

Le chef du DFJP a défini les principes suivants qui constituent la pierre angulaire de l'avant-projet de loi fédérale sur l'enquête sous couverture élaboré par le groupe d'étude DFJP:

- La réglementation, dont le champ d'application s'étend à la Confédération et aux cantons pour la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants, se concrétisera par une modification de la loi sur les stupéfiants (RS 812.121) touchant l'article 23, 2^e alinéa, LStup et par l'adoption d'une réglementation analogue dans la procédure pénale fédérale en ce qui concerne les infractions relevant de la juridiction fédérale.
- L'investigation secrète sera admissible, pour autant que la nature du délit puisse la justifier et que par ce biais l'activité délictueuse soit observée de manière principalement passive en s'abstenant d'exercer une quelconque influence pour éveiller et induire le dessein de commettre l'infraction.
- L'intervention d'agents infiltrés nécessitera l'autorisation d'un juge.
- Les agents infiltrés devront se comporter de manière conforme à leur rôle, mais ne devront pas commettre d'infractions à l'exception de marchés fictifs ou d'achats probatoires.
- L'observation étant une mesure de tactique policière, la police devra conserver la compétence de l'ordonner et de l'exécuter.

Le 7 juillet 1995, le Conseil fédéral a envoyé en consultation l'avant-projet de loi fédérale sur l'enquête sous couverture et son rapport explicatif à 69 destinataires. Une grande majorité des 48 organismes ayant répondu, incluant la totalité des cantons et des partis gouvernementaux, a approuvé l'adoption d'une loi sur l'investigation secrète. A part le PSS et les associations d'avocats et de juristes (FSA, ODAGE, JDS), qui ont rejeté l'ensemble du projet car ils doutaient de sa constitutionnalité, tous ont reconnu la nécessité d'une réglementation légale en la matière.

La moitié des organismes favorables à une loi sur l'investigation secrète a estimé que la réglementation proposée était adéquate. L'autre moitié a considéré que la pesée des intérêts entre la protection des droits fondamentaux et la poursuite des infractions n'était pas assez favorable aux intérêts de la poursuite pénale et pénalisait une lutte efficace contre le crime organisé et le commerce illicite de stupéfiants. Cet avis a été exprimé dans de nombreuses réponses demandant que la collaboration avec des informateurs demeure possible à l'avenir et que cette collaboration soit expressément réglée dans la loi. En outre, selon elles, l'investigation secrète ne devrait pas être limitée aux seuls fonctionnaires de police, le recours à d'autres personnes appropriées (p. ex. à des experts en art) devant également être autorisé.

Les droits dont bénéficient les agents infiltrés et la promesse de discrétion qui leur est faite ont été approuvés par les deux tiers des organismes qui se sont exprimés; les opposants, qui trouvaient ces dispositions trop restrictives, ont notamment signalé que la plupart des fonctionnaires de police n'acceptent un engagement comme agent infiltré que si une promesse de discrétion préalable et inconditionnelle leur est octroyée.

La grande majorité a considéré que la réglementation proposée pour la confrontation entre l'inculpé et l'agent infiltré était adéquate. Certains ont estimé que la protection mise en place pour empêcher que les agents infiltrés ne soient démasqués n'était pas suffisante ou qu'il manquait des mesures concrètes pour protéger les agents infiltrés ou leurs proches.

La majorité a demandé qu'une réglementation de l'investigation secrète soit également introduite dans la procédure pénale fédérale. Ça et là, certains ont regretté que l'investigation secrète ne soit pas réglée au niveau d'une loi de manière uniforme pour l'ensemble du pays. A cet égard, la crainte que les cantons appliquent et règlent de façon disparate l'investigation secrète a été perceptible. Enfin, la réglementation des observations a été jugée superflue. Celles-ci sont un instrument de la police et n'ont pas le caractère d'une mesure de contrainte. Nous avons renoncé à les réglementer, bien que ces dernières années de nouveaux codes de procédure pénales cantonaux l'aient fait (voir p. ex. art. 213 du code de procédure pénale du canton de Berne).

14 Réunion des projets en un seul message

Tant la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications que l'investigation secrète sont des mesures de contraintes exécutées dans le cadre d'une procédure pénale sans que la personne concernée ne s'en rende compte. Aussi le canton du Valais p. ex. a-t-il réglé la procédure de manière analogue. La CdG du Conseil national a également demandé dans sa motion sur la surveillance téléphonique que l'on examine si «les règles à appliquer pour recourir à des enquêteurs devraient être les mêmes que pour la surveillance téléphonique». Comme les deux projets fixent les conditions, ainsi que la procédure et les dispositions d'exécution, de manière aussi semblable que possible, nous avons décidé de les réunir en un seul message.

2 Partie spéciale

21 Projet de loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications

211 Grandes lignes du projet de loi

211.1 Aperçu

La loi proposée constitue un premier pas vers l'unification des codes de procédure pénale de la Confédération et des cantons qui est demandée dans de nombreuses interventions parlementaires et par des initiatives des cantons. Toutefois, la réglementation de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications ne concerne pas seulement la procédure pénale, mais est également imprégnée de

droit pénal matériel. L'atteinte à la sphère privée que la surveillance engendre étant par principe punissable, il faut créer un motif justificatif qui déclare qu'une telle atteinte n'est pas punissable lorsqu'elle émane des organes de poursuite pénale. Le législateur fédéral doit également décrire les conditions rendant licite une telle atteinte. Il en a fixé les limites dans la loi fédérale du 23 mars 1979 sur la protection de la vie privée⁵, comme cela est mentionné au chiffre 121 (cf. aussi art. 179 octies CP).

Les lois fédérales sur la poste et les télécommunications, en vigueur jusqu'à la fin 1997, contenaient des dispositions en matière d'organisation qui complétaient ce cadre général. Celles-ci n'ont été maintenues à un niveau très rudimentaire que dans le domaine des télécommunications. La nouvelle législation en matière de poste et de télécommunications a créé un article 321^{er} CP, qui rend punissable toute infraction au secret postal et au secret des télécommunications.

Cette nouvelle situation juridique et la libéralisation qui l'accompagne, laquelle va ouvrir à d'autres fournisseurs de prestations un marché contrôlé jusqu'à présent par la seule Entreprise des PTT, justifient l'élaboration d'une législation fédérale claire et uniforme. A l'occasion de la procédure de consultation, 18 cantons ont expressément approuvé cette intention.

211.2 Champ d'application

La nouvelle loi règle la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications par les autorités fédérales et cantonales dans le but de poursuivre ou de prévenir des actes punissables. Elle ne règle par contre plus la mise en œuvre de moyens techniques de surveillance qui figurait dans l'avant-projet.

La notion de correspondance postale et de télécommunications comprend toutes les prestations et toutes les transmissions au moyen de techniques de télécommunication qui tombent dans le champ d'application de la loi du 30 avril 1997 sur la poste (LPO; RS 783.0) et de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10). Outre la Poste Suisse et Swisscom, les autres fournisseurs de services sont également concernés pour autant qu'ils soient soumis à l'une de ces lois. Si une enquête pénale doit être menée dans le domaine d'activités de fournisseurs de services qui offrent des prestations semblables⁶, mais qui ne tombent pas dans le champ d'application d'une de ces lois, les obligations de répondre à des questions et les possibilités de saisir des objets ou des transmissions de télécommunication sont réglées d'après le droit de procédure applicable.

Du point de vue du champ d'application matériel, les transmissions au moyen de techniques de télécommunication (art. 3, let. c, LTC) ne comprennent pas que le téléphone, mais également tous les services de télécommunication nouvellement créés comme le fax, les pagers, les téléphones mobiles, les transmissions de données sur des circuits de télécommunication, etc., et aussi tous les services qui seront

⁵ RO 1979 1170; cette loi était une loi qui complétait, outre le CP, la PPF et la PPM, la législation postale, la législation sur les télécommunications et la LREC. Elle a été élaborée pour donner suite à une initiative parlementaire du conseiller national Andreas Gervig.

⁶ P. ex les banques dans le trafic des paiements, les services de télécommunication non soumis à l'obligation d'annoncer (art. 4, 3^e al., LTC) ainsi que tous les fournisseurs de services postaux ne faisant pas l'objet d'une concession.

offerts à l'avenir. La diffusion de programmes de radio et de télévision n'est par contre pas soumise à la loi sur les télécommunications (cf. art. 2 LTC) et peut naturellement continuer à faire l'objet d'enregistrements par tout un chacun dans les limites des dispositions en matière de droits d'auteurs.

Est-ce que les fournisseurs d'accès à Internet offrent également des services de télécommunications et tombent du même coup dans le champ d'application de la présente loi? Cette question s'est posée ces derniers temps, notamment en relation avec la pornographie touchant des enfants. En outre, Internet permet aujourd'hui de téléphoner à l'étranger à moindre coût. La LTC définit le service de télécommunication comme la transmission d'informations pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication (art. 3, let. b, LTC). Cela englobe l'émission ou la réception de signes, signaux, caractères d'écriture, images, sons et représentations de tout autre type destinés aux êtres humains, aux autres êtres vivants ou aux machines sur des lignes ou par ondes hertziennes, au moyen de signaux électriques, magnétiques ou optiques ou d'autres signaux électromagnétiques (art. 3, let. a et c, LTC). On peut donc dire que les fournisseurs d'accès à Internet offrent également des services de télécommunication. Comme ceux-ci n'exploitent en règle générale pas eux-mêmes les installations de télécommunication utilisées pour la transmission, mais recourent notamment aux lignes de tiers, ils sont des fournisseurs de services de télécommunication soumis à l'obligation d'annoncer (art. 4, 2^e al., LTC) et tombent dans le champ d'application de la présente loi en vertu de l'article 1^{er}, 2^e alinéa. En ordonnant une mesure de surveillance conformément à la présente loi, il est ainsi possible d'obtenir la remise des données transitant par les fournisseurs d'accès à Internet ainsi que celle des données secondaires conservées chez eux.

Certains ont demandé, à l'occasion de la procédure de consultation, que des surveillances puissent être ordonnées sur des réseaux d'entreprise et dans des centraux domestiques. Il ne serait guère possible, ni opportun, de soumettre complètement leurs propriétaires à la loi. Les propriétaires de petits centraux domestiques feraient souvent partie des personnes à surveiller ou seraient étroitement liées à celles-ci. Ils devraient en outre équiper techniquement leur installation de manière à ce qu'une surveillance puisse être mise en œuvre sans retard et sans que les personnes surveillées s'en aperçoivent. Cela ne renchérirait pas seulement le prix des installations, mais cela créerait également des possibilités d'intrusion illégale de tiers dans la sphère privée. Les propriétaires de ces réseaux et de ces centraux ne doivent être tenus que de tolérer des mesures de surveillance. En pratique, cela signifie que le service chargé de la surveillance de la correspondance des télécommunications (cf. à ce sujet le commentaire de l'art. 2) devra installer la surveillance dans le central correspondant avec son propre personnel ou celui d'une entreprise chargée d'une telle tâche.

La surveillance de la correspondance postale et des télécommunications est en principe un instrument aux mains des autorités de poursuite pénale. Elle sert à la recherche de personnes et à la sauvegarde de preuves. Si des indices concrets montrent que des infractions graves sont en préparation, p. ex. un crime ou des menaces d'enlèvement, comme jusqu'ici il sera possible d'ordonner une surveillance pour prévenir des infractions. Des cas d'extradition, où l'Etat qui effectue la demande l'accompagne de la requête visant à ce que les recherches soient complétées par des surveillances téléphoniques, ont montré une nouvelle voie pour la mise en œuvre de ces mesures. Jusqu'à présent, il n'était pas possible de donner suite à une telle requête si aucune procédure pénale n'était ouverte en Suisse contre la personne visée. Lors d'enquêtes contre des organisations criminelles, il ne sera pas seulement possi-

ble d'ordonner des surveillances dans les cas d'extradition, mais également dans les autres cas d'entraide judiciaire.

En droit pénal administratif, il n'est pas rare que l'administration de la preuve nécessite qu'il faille demander des renseignements sur le trafic des paiements de l'accusé. Les banques étant tenues de donner des renseignements aux autorités chargées de poursuivre les affaires relevant du droit pénal administratif, il serait choquant que les accusés puissent se soustraire à la poursuite en effectuant leurs paiements par le biais d'un compte de chèque postal. Pour cette raison, le champ d'application de la surveillance de la correspondance postale englobe aussi les délits les plus graves du droit pénal administratif. Lorsqu'il s'agit de préparer des saisies, les organes chargés de poursuivre les affaires relevant du droit pénal administratif peuvent, en présence d'autres délits, demander des renseignements sur des comptes de chèques postaux et sur le trafic des paiements de manière à ce que le même droit s'applique à la Poste et aux banques; il n'est pas possible d'obtenir par ce biais de plus amples renseignements sur la correspondance postale.

Des raisons juridiques et techniques nous ont conduits à renoncer à régler la mise en œuvre de moyens techniques de surveillance. A l'occasion de la procédure de consultation, plusieurs organes, entre autres le Tribunal fédéral, ont douté de la constitutionnalité de l'insertion de ces mesures dans le champ d'application de la loi, car sur ce point la Confédération ne peut pas se baser sur sa compétence législative dans le domaine des postes et des télécommunications. Comme la police est la plupart du temps chargée de mettre en œuvre les moyens techniques de surveillance, cela créerait en outre des collisions avec les législations cantonales en matière de police. Nous renonçons à inclure les moyens techniques de surveillance dans le champ d'application de la loi pour éviter ces difficultés. Au niveau fédéral nous ne modifions pas la réglementation actuelle qui stipule que les dispositions sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications s'appliquent par analogie à l'utilisation de moyens techniques de surveillance (art. 72 PPF).

211.3 Conception de la réglementation

Comme la conception de la réglementation, qui était fortement imprégnée des diverses interventions parlementaires mentionnées, a été fortement critiquée à l'occasion de la procédure de consultation, le projet du Conseil fédéral propose les lignes directrices suivantes:

- Le catalogue de délits proposé par la motion de la CdG est abandonné. La surveillance doit pourtant être limitée à la poursuite et à la prévention des crimes et d'un nombre limité de délits figurant sur une liste exhaustive. On a tenu compte de la demande visant à ce que d'autres éléments constitutifs de délits puissent être poursuivis au moyen d'une surveillance dans le domaine de la lutte contre le crime organisé, en autorisant que la surveillance puisse être fondée sur l'élément constitutif de l'appartenance à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), qui constitue elle-même un crime.
- La formulation plus restrictive des autres conditions de la surveillance est maintenue et est notamment renforcée par l'obligation faite à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance d'examiner aussi la proportionnalité des mesures.
- La protection des tierces personnes est améliorée, notamment la protection des personnes tenues au secret professionnel.

- Un service appartenant à l'administration générale de la Confédération (DETEC) fait fonction d'intermédiaire pour l'exécution des mesures de surveillances lorsque celles-ci ont été ordonnées. Le service peut également être chargé d'autres tâches; il fournit aux autorités de poursuite pénale et à la police des renseignements sur les raccordements de télécommunication qui ne figurent pas dans les annuaires officiels.

212 Commentaire des dispositions

212.1 Section 1: Champ d'application et organisation

212.11 Article premier Champ d'application

La loi régit la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications qui est effectuée à des fins de poursuite pénale. Elle ne couvre pas les autres formes de surveillance, qui sont directement réglementées à l'article 24 LTC. Ainsi, le client reçoit des indications concernant des communications abusives, en cas par exemple d'appels malveillants, sur la base de l'article 45 LTC; la surveillance de fréquences ordonnée par l'Office fédéral de la communication (OFCOM) se fonde sur l'article 26 LTC.

S'agissant de la surveillance, il est prévu d'étendre le droit en vigueur à la procédure d'entraide judiciaire. Cela s'avère particulièrement nécessaire dans les cas d'extradition où l'Office fédéral de la police est en mesure de déterminer le lieu de séjour d'une personne recherchée sur le plan international. Mais il est d'autres cas d'entraide judiciaire envisageables, par exemple la surveillance en Suisse de téléphones mobiles étrangers dans le cadre d'une procédure pénale étrangère.

A l'occasion de la procédure de consultation, certains ont demandé que la surveillance téléphonique intervienne aussi au stade de l'exécution des peines et des mesures, en particulier lors de la recherche de détenus évadés. Cette proposition n'a pas été retenue. Si, pendant l'instruction, un inculpé parvient à s'enfuir, la surveillance est possible puisque l'infraction fait encore l'objet d'une poursuite pénale. Et dans le cas de l'évasion d'un condamné dangereux purgeant sa peine, la surveillance sera au besoin ordonnée pour prévenir une infraction. Mais, sans ce facteur de dangerosité, une surveillance ne saurait être motivée.

Il a aussi été suggéré de prévoir la surveillance des tierces personnes œuvrant comme agents infiltrés, afin d'en vérifier la crédibilité. Il convient également de renoncer à cette possibilité, car, à un stade avancé de l'investigation, leurs personnes cibles soupçonnées de comportement criminel pourront aussi faire l'objet d'une surveillance. Vérifier déjà les premières tentatives de pénétration dans un milieu douteux reviendrait à créer un motif de surveillance complètement nouveau, car, à ce stade, les conditions justifiant une surveillance ne sont pas réunies, et l'on ne dispose pas en particulier de soupçons concrets.

Un groupe de participants à la procédure de consultation a exigé que l'on renonce à englober la correspondance postale ou, pour le moins, les services des paiements de la poste, arguant que les mesures ordinaires de procédure pénale suffisaient. Cette restriction du champ d'application n'a pas été reprise, car le personnel de tous les fournisseurs de services postaux ou de télécommunication tombe sous le coup d'une seule norme pénale en cas de violation du secret, soit l'article 321^{er} CP. Par ailleurs, l'article 179^{octies} CP prévoit aussi un motif uniforme qui justifie une atteinte au

secret postal et au secret des télécommunications. Au vu de cette situation juridique, il importe, en ce qui concerne la procédure pénale, que les atteintes au secret postal et au secret des télécommunications soient aussi réglementées de manière uniforme, cela afin d'éviter des erreurs comme il pourrait s'en produire si, par exemple, la police pouvait, en raison du droit cantonal, procéder à la saisie provisoire de lettres et de paquets, alors que l'article 179^{octies} CP fait en plus dépendre pareille mesure de l'autorisation du juge compétent. Cette égalité de traitement des services postaux et des télécommunications se traduit toutefois par une différence de réglementation en ce qui concerne la surveillance des services de paiements de la Poste et des banques. Un seul point rend plus difficile l'acquisition d'informations par les autorités de poursuite pénale auprès de la Poste: elles ne peuvent pas agir de leur propre autorité comme pour les autres demandes de renseignements, mais elles doivent obtenir une autorisation. La similitude avec la procédure applicable aux banques dans le domaine du trafic des paiements est renforcée par la possibilité de demander des renseignements dans le cadre d'une affaire relevant du droit pénal administratif ou lorsqu'il s'agit de préparer une saisie (art. 3, 1^{er} al., let. l et m). Cette similitude est en outre renforcée par l'indication qu'il est également possible d'obtenir des informations relevant du domaine postal (art. 1^{er}, 5^e al., p. ex. renseignements sur l'état d'un compte ou sur des paiements dans une procédure de divorce ou dans une procédure de poursuite ou de mise en faillite) dans les procédures civiles; la présente loi ne crée certes pas le fondement de ces restrictions du secret postal, mais celui-ci se trouve dans le droit de procédure correspondant.

Le terme de correspondance postale et de télécommunication a été décrit au chiffre 211.2 supra. En vertu de l'article 321^{ter} CP, ce ne sont pas uniquement les informations transmises qui tombent sous le coup du secret postal et du secret des télécommunications, mais aussi les «renseignements sur les relations postales, le trafic des paiements ou les télécommunications de la clientèle». Ces indications – appelées anciennement «relevés de service» (art. 40 de l'ordonnance du 25 mars 1992 sur les services de télécommunications [OST]; RO 1992 848), ou «données secondaires» en langage technique, et maintenant «données relatives au trafic et à la facturation» (art. 50 OST du 6 octobre 1997; RO 1997 2833) – comprennent la désignation des raccordements entre lesquels sont établies des communications ainsi que la date, l'heure, la durée et le prix de la communication de même que, pour les téléphones mobiles, la localisation de ces derniers au moment de la communication. Il convient de distinguer ces indications des «ressources d'adressage» (art. 3, let. f, LTC) qui permettent d'identifier une installation de télécommunication admise à l'exploitation, qu'elle soit en service ou non. Ces ressources d'adressage ne sont pas assujetties au secret des télécommunications. Elles peuvent donc être portées à la connaissance d'autrui sous une forme élargie (annuaires: art. 21 LTC, obligations d'informer: art. 29 LTC, renseignements donnés aux autorités de poursuite pénale et à la police: art. 12 du présent projet). Les données secondaires revêtent de plus en plus d'importance dans la poursuite pénale parce qu'elles renseignent aussi sur les communications qui ont été établies par le passé. Les fournisseurs doivent conserver les données secondaires pendant six mois pour la facturation (art. 49 OST du 6 octobre 1997; RO 1997 2833). Et les autorités compétentes peuvent, pendant cette conservation obligatoire, ordonner une identification rétroactive des usagers. Cette dernière s'effectuera néanmoins sous la forme d'une surveillance des télécommunications devant être autorisée par l'autorité compétente fédérale ou cantonale. Certes, l'intervention est de moindre importance lorsqu'il s'agit uniquement d'identifier un usager et non pas de surveiller les informations transmises, mais elle ne constitue pas

moins une importante atteinte à la vie privée, puisqu'elle revient à dévoiler toutes les communications établies dans les six derniers mois au maximum.

Dans le domaine de la poste, ce sont essentiellement les indications concernant les paiements qui ont une grande importance. Il n'est en effet pas prévu d'effectuer des relevés systématiques concernant les échanges de lettres et de paquets ou les mouvements de personnes. Mais, dans les cas où de telles indications existent, dans le cadre par exemple des envois en recommandé ou des abonnements, il est naturellement possible d'ordonner une identification d'utilisateurs.

S'agissant des réseaux de télécommunications internes et des centraux domestiques (cf. supra ch. 211.2), on retiendra encore que l'assujettissement partiel à la loi ne constitue pas une atteinte supplémentaire dans la majorité des cas; en fait, il permet un recours dans une juste proportion aux mesures de coercition. Si, par exemple, dans une entreprise un collaborateur est soupçonné d'un délit patrimonial, son raccordement peut faire l'objet d'une surveillance ciblée par l'intermédiaire du central interne. Car, si la surveillance n'était possible que sur le réseau d'un fournisseur concessionnaire, elle porterait sur toutes les communications du central, à l'exception toutefois, en dépit d'un déploiement de moyens sensiblement plus important, des communications internes avec d'éventuels complices.

212.12 Article 2 Organisation

Jusqu'à la fin 1997, les autorités habilitées à ordonner une surveillance s'adressaient à la Direction générale de l'Entreprise des PTT dont la Section tâches spéciales Télécom exploitait plusieurs centraux de surveillance. Or la nouvelle réglementation en matière de services postaux et de télécommunication interdit dorénavant une pareille attribution de tâches. Aussi la Confédération dispose-t-elle, depuis le 1^{er} janvier 1998, d'un service chargé de coordonner les besoins des autorités qui ordonnent des mesures de surveillance et ceux des fournisseurs de services postaux ou de télécommunication⁷.

Dans l'accomplissement de ses tâches au profit de la justice, le service est autonome et placé sous la surveillance du département compétent. La surveillance concerne les questions administratives et la qualité de l'exécution des tâches, mais pas la légalité ni la nécessité des mesures de surveillance. Par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1997 (RO 1997 3022) sur le service de surveillance des télécommunications, le service a été intégré au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC).

L'équipement technique et notamment le savoir-faire de l'Entreprise des PTT ont été repris, car l'organisation du travail de cette dernière est à la fois éprouvée et connue des autorités de poursuite pénale. Le présent projet renonce toutefois à donner une structure au service, dès lors que, en vertu de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (cf. art. 43, 2^e al., LOGA; RS 172.010; RO 1997 2022), le Conseil fédéral a la compétence de fixer la subdivision de l'administration.

⁷ Les tâches du service sont précisées dans le commentaire des art. 9 et 11.

212.2 Section 2: Procédure applicable

212.21 Article 3 Conditions

L'actuel article 179^{octies}, 2^e alinéa, CP établit qu'une mesure de surveillance peut être autorisée aux fins de poursuivre ou de prévenir un crime ou un délit si sa gravité ou sa particularité justifie une telle intervention. Dans le droit fédéral en vigueur, l'article 66, 1^{er} alinéa, lettres b et c, PPF exige par ailleurs, comme conditions supplémentaires qui doivent toutes être remplies, des faits déterminés rendant la personne à surveiller suspecte d'être l'auteur de l'infraction ou d'y avoir participé ainsi que la subsidiarité des mesures de surveillance. Cela signifie qu'il y a lieu de déterminer si d'autres actes d'instruction n'ont pas eu de succès ou si les investigations nécessaires s'avèreront nettement plus difficiles sans la surveillance.

L'une des principales revendications figurant dans la motion déposée par la Commission de gestion du Conseil national⁸ entendait soumettre à des critères plus sévères les conditions qui justifient une surveillance téléphonique. Or, cette requête a essuyé un refus massif, à l'occasion de la procédure de consultation. Plusieurs cantons, le PDC et les associations des autorités de poursuite pénale ont exigé le maintien des conditions en vigueur aujourd'hui ou, pour le moins, la possibilité d'opérer tout de même une surveillance dans le cadre de certaines infractions. Seuls le PS, les Juristes Démocrates de Suisse et la Fédération Suisse des Avocats ont soutenu le catalogue plus restrictif d'infractions susceptibles de surveillance, que préconisait le groupe de travail de la CdG N sur la surveillance téléphonique⁹. Compte tenu de ce rejet sans appel, le Conseil fédéral propose la réglementation suivante:

Comme jusqu'à ce jour, une surveillance restera possible pour tous les crimes, pour autant que toutes les autres conditions soient remplies¹⁰. De plus, elle pourra aussi être ordonnée pour toute une série de délits, qui font l'objet d'une énumération exhaustive. On y trouve un grand nombre de ceux qui, dans l'avant-projet, répondent à la définition du «délit qui est susceptible d'être puni comme un crime dans les cas graves ou en présence de critères particuliers»¹¹. S'y ajoutent quelques autres délits, provenant notamment du droit pénal accessoire, à la demande de nombreux participants à la procédure de consultation. La gravité objective est un élément déterminant pour qu'une infraction figure dans l'énumération, tout comme la possibilité que les services postaux ou de télécommunication peuvent jouer un rôle important dans la préparation ou la commission d'une infraction. C'est pourquoi ont été inclus par exemple les articles 180 (menaces) et 181 (contrainte) CP, ainsi que les articles correspondants du code pénal militaire (art. 49 et 150). Ces infractions sont en effet

⁸ Du 24 mai 1993, voir aussi le rapport «La surveillance téléphonique de la Confédération», FF 1993 I 1029, et l'avis du Conseil fédéral, FF 1993 I 1057.

⁹ Selon une étude préalable du groupe de travail, il aurait compris 15 crimes et une clause générale visant la lutte contre le crime organisé; l'avant-projet mis en consultation prévoyait la surveillance pour tous les crimes et pour les délits assimilables à des crimes en la présence de certaines caractéristiques.

¹⁰ L'art. 9 CP définit les crimes comme des infractions passibles de la réclusion en tant que peine maximale; selon les travaux concernant la révision de la partie générale du CP, qui introduit le principe de la peine unique, «sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans».

¹¹ Ont été écartés les art. 142 CP (soustraction d'énergie), 144 CP (dommages à la propriété), 158 CP (gestion déloyale), 243 CP (dépréciation de la monnaie), 244 CP (importation, acquisition et prise en dépôt de fausse monnaie), 266^{bis} CP (entreprises et menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse), 271 CP (actes exécutés sans droit pour un Etat étranger) et 311 CP (mutinerie de détenus).

fréquemment commises au moyen de lettres ou d'appels téléphoniques. Il en va de même de l'accès indu à un système informatique (art. 143^{bis} CP), qui s'accomplit généralement par l'intermédiaire de lignes de télécommunication. Un postulat Bieri (97.3468), transmis le 2 mars 1998 par le Conseil des Etats, demande qu'il soit à nouveau possible d'effectuer des surveillances pour la contravention «abus du téléphone» au sens de l'article 179^{septies} CP, contravention qui, lors de la révision de 1991 de la loi sur les télécommunications, avait été biffée de la liste des infractions susceptibles de donner lieu à une surveillance, car, dans les cas graves, l'identification de l'importun ne peut pas toujours être effectuée en se basant sur le droit des télécommunications (cf. art. 45 LTC et art. 32, let. c, OST). Comme cela a également été exigé dans plusieurs avis lors de la procédure de consultation, cette possibilité d'effectuer une surveillance est réintroduite au 1^{er} alinéa, lettre k. Il est précisé en même temps qu'une telle surveillance n'est admissible que si l'identification du raccordement ne suffit pas pour identifier la personne qui l'utilise. Cela est p. ex. le cas lorsque des Natel D sont utilisés pour importuner la personne appelée et que plusieurs cartes SIM sont employées à bref intervalle avec le même appareil.

La clause générique sur la lutte contre le crime organisé (demande de la motion de la CdG et de quelques prises de position) est superflue dans la mesure où l'appartenance à une organisation criminelle est assimilée à un crime au sens de l'article 26^{ter} CP.

Dans le cadre de l'entraide judiciaire, l'ordre de surveillance ne fera pas état de la disposition pénale qui est déterminante en droit étranger, mais des faits qui incrimineraient le suspect si la procédure pénale avait été ouverte en Suisse. Dès lors que l'article 18a de la loi sur l'entraide pénale internationale exige que les conditions selon la présente loi soient remplies, il convient de toute façon de vérifier si l'infraction poursuivie pourra donner lieu à une surveillance en Suisse. L'indication de la norme pénale suisse permettra par ailleurs à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance de rendre sa décision sans avoir à connaître le dossier d'entraide judiciaire par le menu.

Dans les affaires de droit pénal administratif, les autorités de poursuite pénale sont habilitées à ordonner une surveillance de la correspondance postale lorsqu'il s'agit de poursuivre les délits les plus graves (let. 1). Il est par contre toujours impossible d'effectuer une surveillance des télécommunications. Si des normes pénales prévoient la saisie ou la confiscation de valeurs, toutes les autorités énumérées à l'article 5 peuvent demander des renseignements sur des comptes de chèques postaux et sur le trafic des paiements lorsqu'il s'agit de préparer la saisie (let. m). Dans le droit pénal administratif de la Confédération, le fonctionnaire enquêteur compétent est celui qui est habilité à procéder au séquestre (art. 46 DPA). Dans ce cas, il appartiendra à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance de vérifier si une saisie est possible pour le délit cité dans l'ordre de surveillance.

Dans le cadre des crimes ou délits énumérés au 1^{er} alinéa, une surveillance pourra être ordonnée pour autant que soient remplies trois autres conditions. La teneur du 2^e alinéa reprend pour l'essentiel la législation fédérale et cantonale en vigueur ainsi que l'actuelle jurisprudence.

Le 2^e alinéa, lettre a, assujettit la surveillance d'une personne non plus à la simple suspicion mais à la forte suspicion de commission, en tant qu'auteur ou coauteur, ou de préparation d'un acte punissable mentionné au 1^{er} alinéa. Il appartiendra à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance de décider si la forte suspicion est

corroborée de manière suffisante par les faits qu'a présentés l'autorité qui a ordonné la surveillance.

Le 2^e alinéa, lettre b, n'autorise la surveillance qu'en cas d'infraction grave. De nombreuses infractions qualifiées de crimes relèvent, dans la majorité des cas, de la petite criminalité, telle que le vol. Or le principe de la proportionnalité commande que la sévère mesure de contrainte qu'est la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications – qui de surcroît touche aussi de nombreuses personnes à la fois étrangères à l'affaire et irréprochables – soit uniquement ordonnée en la présence d'une infraction passible du maximum de la peine encourue. Toutefois, le qualificatif «grave» ne doit pas avoir toujours la même valeur dans le cadre d'une infraction donnée: ainsi, la pratique judiciaire en matière de commerce illicite de drogue parle de «cas grave» (art. 19, ch. 2, LStup) lorsque l'infraction porte sur plus de 18 grammes de cocaïne pure ou plus de 12 grammes d'héroïne pure. Pourtant, une surveillance ne sera guère mise en place pour de telles quantités de drogue. Il faudrait plutôt que la capture escomptée soit nettement supérieure pour qu'elle ait lieu. Le droit actuel fait état de la «particularité» d'une infraction pour justifier une surveillance; «par exemple le fait qu'elle a été commise au moyen du téléphone ou par une bande organisée»¹². Cette description a été élargie dans l'avant-projet. La disposition ainsi complétée ayant donné lieu à des malentendus, nous avons renoncé à cette caractéristique. Mais les éléments visés peuvent aussi relever de la condition exprimée à la lettre c, qui demande que soit motivée l'allégation selon laquelle d'autres types d'investigations s'avèrent peu prometteurs, par exemple parce que des déclarations déterminantes pourraient être faites au téléphone.

Par souci de proportionnalité, des mesures de surveillance ne doivent être ordonnées que s'il existe une chance de succès. Dans les cas précisément où plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction, la probabilité est grande qu'elles en parlent. C'est pourquoi une surveillance est aussi envisageable lorsque l'on soupçonne un groupe d'individus de vouloir commettre une infraction, même si, pris isolément, chacun des actes punissables ne justifierait pas une telle intervention (cf. aussi art. 7, 4^e al.).

La subsidiarité de la mesure de surveillance prévue au 2^e alinéa, lettre c est la dernière des conditions devant être remplies; à la suite de l'échec d'autres actes d'instruction ou de difficultés insurmontables ou disproportionnées que l'investigation rencontrerait sans cela. Toutefois, il n'est pas exigé une subsidiarité absolue¹³, mais seulement l'absence d'autres actes d'instructions prometteurs. Dans la mesure où une surveillance est ordonnée, en raison des difficultés notables que devraient affronter sinon les investigations nécessaires, il faut qu'il y ait péril en la demeure, c'est-à-dire que sans la surveillance le succès des recherches sera gravement compromis. A noter aussi que les deux membres de la phrase composant la lettre c ne doivent pas uniquement être considérés dans un espace de temps. Il s'agit dans l'ensemble de s'assurer que, par exemple, une surveillance téléphonique exécutée en dernier ressort n'intervient que si, au moment où elle est ordonnée, il existe effectivement une perspective d'élucider une infraction ou de mettre la main sur ses auteurs présumés.

¹² Motif invoqué en FF 1976 I 566.

¹³ D'ailleurs, dans son rapport sur la surveillance téléphonique, la CdG du Conseil national observe qu'en règle générale un autre acte d'investigation, à savoir la filature, nécessite forcément une surveillance téléphonique en même temps (cf. FF 1993 I 1044 s.).

Fondamentalement, la surveillance des télécommunications consiste à surveiller le raccordement de la personne soupçonnée et, exceptionnellement, celui de tiers s'il y a une justification à cela. En vertu de l'article 3, 3^e alinéa, la surveillance d'un tiers peut être ordonnée si des faits déterminés laissent présumer que des envois ou des communications dont le destinataire ou l'expéditeur est un coupable présumé transitent par les installations de la poste ou des télécommunications ou si ledit coupable présumé utilise l'adresse postale ou le raccordement de télécommunication du tiers.

A propos de la tierce personne: une surveillance des télécommunications est toujours axée sur un raccordement particulier, et donc sur son détenteur. C'est pourquoi l'ordre de surveillance parle de personne à surveiller; à ce titre, cette dernière jouit d'ailleurs de la protection juridique selon l'article 8. Lorsque le détenteur est une personne morale dont l'un des employés est l'objet d'un soupçon, la mesure ordonnée sera toujours considérée comme une surveillance envers un tiers. Il en va de même quand les suspicions portent, dans un ménage, sur une autre personne que sur le détenteur du raccordement; par exemple la surveillance du téléphone des parents, alors qu'une enquête est menée contre l'un de leurs enfants pour trafic illicite de stupéfiants. Naturellement, est également réputée tiers la personne qui loge temporairement un suspect, lui laisse utiliser son raccordement ou reçoit fort probablement des communications de sa part.

Au moment de la pesée des intérêts en jeu, il sera recouru à la surveillance d'une manière plus restrictive envers les tiers qu'envers les suspects. Aussi la surveillance du raccordement d'un tiers ne sera-t-elle autorisée que si celle du raccordement d'un auteur présumé s'est révélée infructueuse ou si elle offre peu de chances de succès, par exemple parce que le suspect a pris la fuite et n'utilise pas sa ligne téléphonique. Il en va de même lorsqu'il y a lieu de croire que le suspect se rendra très probablement chez un parent ou une connaissance qui n'est pas tenu au secret professionnel, pour parler de l'infraction. Si la relation est elle-même soupçonnée, elle fera l'objet d'une surveillance non pas au titre de tierce personne, mais de prévenu.

La surveillance d'une station publique de télécommunication¹⁴ se justifie si des faits déterminés laissent présumer que le suspect l'utilise ou la fait utiliser pour recevoir ou transmettre des communications (*art. 3, 4^e al.*). Toutefois, elle porte atteinte aux droits de la personnalité d'un nombre indéterminé d'utilisateurs. Aussi les autorités ordonnant la surveillance sont-elles tenues, en vertu de l'article 3, 8^e alinéa, de prendre les mesures nécessaires pour éviter que les personnes participant à l'enquête puissent prendre connaissance d'enregistrements et de documents qui n'ont aucun rapport avec l'objet de l'investigation.

Une réglementation similaire à celle des stations publiques de télécommunication sera appliquée aux autres installations de télécommunication qui ne peuvent être attribuées à aucune personne particulière. Lorsqu'un auteur présumé, qui est placé sous surveillance, appelle un tel raccordement pour communiquer avec un coauteur, un usage courant parmi les trafiquants de drogue, ce dernier peut aussi être surveillé. Lorsque l'information sur le raccordement concerné provient d'un autre acte d'instruction que la surveillance en cours, par exemple d'une perquisition ou d'une identification rétroactive de l'usager, la question se pose dans un premier temps de savoir si le raccordement surveillé est celui d'un coauteur ou d'un tiers. Il est par

¹⁴ Sont considérés comme des stations publiques de télécommunication les postes téléphoniques publics (tels que cabines téléphoniques ou appareils téléphoniques de restaurants) ainsi que différents équipements publics permettant l'utilisation d'autres services de télécommunication (par ex.: publiftax).

conséquent judicieux de ne mentionner dans l'ordre de surveillance que le raccordement lui-même; lorsque la surveillance ne permet pas non plus l'identification de l'usager, cela a naturellement une répercussion sur la communication à effectuer en vertu de l'article 8, 2^e alinéa.

Compte tenu de cette obligation, l'énoncé général de précisions et de restrictions concernant les stations publiques de télécommunication est superflu. Dans pareils cas, des mesures nécessaires pourraient consister à enregistrer les conversations menées seulement dans une langue précise ou à des heures déterminées.¹⁵ Fréquemment, ce peut être aussi une cabine téléphonique qui fait l'objet d'une observation. Il est alors possible de savoir immédiatement si un suspect a l'intention de téléphoner et de décider s'il y a lieu d'enregistrer sa conversation.

La question des mesures de protection se pose encore plus quand la personne surveillée est, au vu du droit procédural applicable, autorisée à refuser le témoignage pour être titulaire de secrets professionnels. L'article 3, 5^e alinéa, dispose qu'une surveillance ne peut être ordonnée que si la personne est elle-même fortement soupçonnée ou si des faits déterminés indiquent qu'un auteur présumé utilise son raccordement de télécommunication. Pareille situation se présente notamment quand le suspect est autorisé à utiliser le raccordement de télécommunication en sa qualité de membre de la famille ou d'employé. Si, comme le requérait la motion Stucky, la loi devait prescrire une interdiction de surveiller les tiers qui sont tenus de garder le secret professionnel, les délinquants disposeraient d'un nombre élevé de raccords pour communiquer avec des complices sans avoir à craindre une surveillance¹⁶.

Exemple: l'assistante médicale soupçonnée de trafic de drogue doit éventuellement faire l'objet d'une surveillance non seulement à la maison mais aussi à son poste de travail. Par ce raccordement, le médecin évoque aussi des secrets professionnels avec ses patients ou ses confrères. Il se peut même que le médecin appelle, en dehors des heures de travail, le numéro privé de son assistante pour obtenir des renseignements qui tombent sous le coup du secret professionnel. Une mesure de protection concernant les deux raccords peut par conséquent consister à ne pas fournir à l'autorité ayant ordonné la surveillance les enregistrements des conversations auxquelles le médecin participe.

Mais la surveillance est exclue quand on ne peut que supposer que le suspect prendra contact par téléphone avec la personne tenue au secret professionnel (p. ex.: son avocat); dans pareil cas, la protection du secret professionnel est prépondérante. L'utilisation du raccordement signifie que le suspect l'utilise lui-même. Si le fait de recevoir des communications du suspect constitue pour l'autre catégorie de tiers un motif de surveillance, ce dernier est exclu lorsque le tiers est une personne tenue de garder le secret professionnel. Conformément au 8^e alinéa, les autorités ayant ordonné la surveillance sont tenues ici aussi de prendre les mesures nécessaires pour éviter que les personnes participant à l'enquête puissent prendre connaissance d'enregistrements et de documents qui n'ont aucun rapport avec l'objet de l'investigation. L'autorité qui a ordonné la surveillance communique à l'autorité

¹⁵ Par ailleurs, l'autorité habilitée à autoriser la surveillance peut, selon l'art. 6, 3^e al., prendre des mesures de protection supplémentaires si elle considère que les dispositions préconisées par l'autorité qui a ordonné la surveillance sont insuffisantes.

¹⁶ Nous estimons à environ 200 000 le nombre de personnes tenues de garder le secret professionnel et jouissant du droit de refuser le témoignage qui sont des abonnés du téléphone et qui possèdent souvent plusieurs raccords.

habilitée à autoriser les mesures de protection qu'elle prend; par ailleurs, cette dernière peut, selon l'article 6, 3^e alinéa, exiger des mesures de protection supplémentaires.

Ces mesures de protection ne peuvent être décrites sous forme d'une norme générale et abstraite s'appliquant à toutes les situations. Au contraire, elles doivent être adaptées au cas d'espèce et satisfaire aux besoins des autorités de poursuite pénale. A titre d'exemple, le service peut recevoir pour mandat de consigner sur papier et de fournir uniquement les communications qui peuvent avoir trait à l'infraction, mais qui sont sans rapport avec le secret professionnel. S'il n'est pas possible d'indiquer à une personne sans formation juridique ou policière les critères applicables pour opérer un choix, on pourrait éventuellement confier le tri des informations enregistrées à un membre de l'autorité d'instruction qui ne traite pas ce cas particulier. Cette personne serait chargée d'écarter immédiatement du dossier les actes faisant état de secrets professionnels récoltés lors de la surveillance et autorisant son titulaire à invoquer le droit de refuser le témoignage (art. 7, 3^e al.). Ainsi, au Ministère public de la Confédération, on pourrait par exemple confier le tri à une personne qui vérifierait si des entretiens qu'ont eus des titulaires de secrets professionnels peuvent être utilisés légalement dans la procédure à laquelle cette personne ne participerait pas elle-même. Lorsque la personne qui effectue le tri n'exerce pas elle-même une fonction de juge, p. ex. dans les cas où des langues étrangères peu courantes doivent être saisies, celle-ci doit effectuer sa tâche sous le contrôle d'une autorité judiciaire.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a admis le 25 mars 1998 un recours contre la Suisse qui contestait la surveillance téléphonique d'un avocat. La surveillance avait été ordonnée en 1989 pour mener des investigations contre un fonctionnaire inconnu qui aurait pu communiquer à cet avocat, en violation du secret de fonction, un document relatif à une procédure d'enquête judiciaire internationale afin que ce dernier transmette le document à l'étranger. La cour conclut dans l'arrêt 13/1997/797/1000 qu'il existe bien une base légale pour cette atteinte grave au respect de la vie privée, mais que celle-ci n'est pas suffisamment claire et qu'elle ne permet pas de prévoir l'ampleur de l'atteinte autorisée. L'arrêt critique aussi le fait que le tri ait été effectué par un employé des PTT et ne se soit pas déroulé sous la surveillance d'un magistrat. Le présent projet de loi correspond aux exigences de la cour: un avocat ne peut être surveillé en tant que personne astreinte au secret professionnel que s'il est lui-même suspecté ou si le suspect utilise son raccordement. Cela signifie que, dans chaque cas, la personne suspectée est identique à la personne contre qui la surveillance est dirigée et que, lors du tri, seules les conversations qu'elle a effectuées seront retenues pour la procédure. L'avocat ne figurerait dans l'ordre de surveillance qu'en sa qualité de titulaire du raccordement. Le tri pourrait écarter toutes les conversations effectuées par des personnes non suspectes, dès que les voix des personnes utilisant le raccordement auraient été identifiées. L'exigence que le tri soit dirigé par un magistrat pourrait également être remplie en vertu du 8^e alinéa. Nous ne l'exigeons certes pas expressément, mais cela serait certainement opportun en cas de surveillance d'un avocat; par contre, lors de la surveillance d'une station publique de télécommunication destinée à repérer les conversations de trafiquants de drogue effectuées dans une langue étrangère peu connue, il ne serait pas approprié de charger un magistrat de cette tâche; il faudrait plutôt la confier à une personne qui maîtrise cette langue étrangère. Dans des cas se présentant différemment, le tri devra par exemple être confié à un spécialiste de la police qui n'est pas impliqué dans la procédure en cours.

Cette opération de filtrage du produit de la surveillance par la direction de l'instruction s'avère importante d'une part parce qu'aujourd'hui la tendance est au branchement direct. D'autre part, divers codes cantonaux de procédure pénale connaissent le principe d'immédiateté. Pour que les bandes originales puissent être écoutées devant le tribunal, les autorités d'instruction requièrent fréquemment la mise à disposition intégrale du matériel afin qu'elles puissent elles-mêmes l'évaluer.

L'avant-projet prévoyait de soumettre les branchements directs à une autorisation particulière. Elle aurait été donnée lorsqu'une mise sur écoute se serait avérée nécessaire pour les besoins de l'investigation, surtout en cas d'urgence. En effet, dans le cadre d'un trafic illicite de stupéfiants, par exemple, il faut réagir sans délai pour pouvoir appréhender les suspects.

Il est apparu, à l'occasion de la procédure de consultation, que la Confédération et de nombreux cantons ordonnent en général des branchements directs et qu'ils sont en possession des dispositifs d'enregistrement appropriés. Le branchement direct sert donc rarement à une écoute directe mais plutôt à la transmission immédiate. Car il s'agit d'une solution bien plus sûre que l'envoi de bandes ou de transcriptions par la poste ou un courrier rapide. L'instauration d'une autorisation particulière pour les branchements directs ne se justifie donc guère. Mais le branchement direct doit être mentionné dans l'ordre de surveillance pour que l'autorité habilitée à autoriser la surveillance puisse imposer au besoin des mesures de protection (art. 6, 3^e al).

Le branchement direct comme moyen de surveillance d'une station publique de télécommunication ne doit être ordonné qu'à titre exceptionnel. Mais on ne peut exclure complètement cette possibilité quand, par exemple, une cabine téléphonique est mise sur écoute et qu'il faille décider immédiatement de l'importance d'une conversation pour les autorités d'instruction pénale, voire de l'opportunité de mettre la main sur la personne en train de téléphoner.

Il peut arriver aussi que, en raison d'un manque de personnel durant les week-ends ou les jours fériés, un canton demande l'établissement d'un branchement direct sur ses propres services ou sur les offices centraux de l'Office fédéral de la police afin que le travail des autorités de poursuite pénale puisse reprendre dès le premier jour ouvrable.

Au vu des nouveaux développements dans les télécommunications, il résultera à l'avenir des cas techniques particuliers de surveillance de certains usagers. Les systèmes modernes de commutation permettent à chaque instant de dévier un appel sur un autre raccordement ou de transférer sur le compte du propre numéro de téléphone des informations à partir d'un quelconque raccordement («follow me», «one number»). Dans pareils cas, la surveillance s'effectuera sur le numéro de téléphone personnel et pas sur les raccordements utilisés. Comme il est possible de changer de raccordement très fréquemment (et en l'espace de quelques secondes seulement), leur surveillance serait concrètement impossible ou pour le moins difficile. A cet effet, il ne sera pas nécessaire d'émettre un nouvel ordre de surveillance, ni de le soumettre à l'autorité habilitée à autoriser une telle surveillance. L'article 13, 1^{er} alinéa, prend en compte cette particularité puisqu'il oblige le fournisseur à «transmettre les communications de la personne surveillée». Il appartient donc au fournisseur de recourir aux moyens techniques nécessaires pour que seules soient surveillées les communications correspondant au numéro figurant dans l'ordre de surveillance et pas celles du raccordement sur lequel s'est effectuée la déviation. Si ces dernières devaient aussi être surveillées, un ordre particulier serait requis.

A l'occasion de la procédure de consultation, certaines autorités de poursuite pénale ont signalé que, dernièrement, les délinquants organisés en bandes échangeaient rapidement et systématiquement leurs téléphones mobiles ou leurs cartes SIM. Par conséquent, la surveillance ordonnée dans chaque cas d'espèce arrivait presque toujours trop tard. Il en est donc tenu compte au 6^e alinéa, qui permet, dans pareilles circonstances, de donner et d'autoriser un ordre de surveillance émis à l'endroit d'adresses ou de raccordements de télécommunication indéterminés. Intervenant essentiellement dans la lutte contre le trafic de drogue, cette pratique concernera certains raccordements de télécommunication utilisés par des inconnus qui appartiennent néanmoins à un groupe de suspects. Afin d'éviter des erreurs, tout changement de numéro à surveiller doit être communiqué au service sous forme d'ordre de surveillance succinct. Durant la procédure de consultation, il a été suggéré de soumettre la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications à des autorisations générales plus vastes. Mais pour ne pas vider les autorisations obligatoires de leur substance, nous proposons de limiter cette règle particulière aux télécommunications.

Le projet renonce à formuler une réserve au profit des membres du Conseil national ou du Conseil des Etats, des membres d'autorités et des magistrats élus par l'Assemblée fédérale, car l'article 14^{bis} LRCF est de toute façon applicable.

212.22 Article 4 Renseignements sur la correspondance postale et les télécommunications

Dans de nombreuses procédures pénales, les informations afférentes aux personnes utilisant les services de la poste et les télécommunications, au genre et à la durée des communications ainsi qu'à la localisation des installations de télécommunication ont une importance presque aussi grande que la connaissance des objets ou des renseignements transmis. Or les données relatives au trafic et à la facturation (pour cette expression, cf. supra art. 1^{er}) constituent les justificatifs des communications établies et servent, notamment, à l'établissement des factures. Elles sont conservées un certain temps, si bien qu'il est possible de renseigner les autorités ordonnant une surveillance sur la correspondance postale et les télécommunications du passé.

De nombreux avis exprimés à l'occasion de la procédure de consultation ont mis en évidence l'existence d'incertitudes à ce sujet, raison pour laquelle un article particulier a été introduit dans le projet. Qui communique avec qui, quand et pendant combien de temps sont des indications assujetties au secret postal et à celui des télécommunications. Il n'est par conséquent pas possible de donner des renseignements par une simple procédure informelle, comme le souhaiteraient certains participants à la procédure de consultation. Notamment l'identification rétroactive de l'utilisateur constitue une atteinte non négligeable à sa vie privée, alors que, du fait d'une surveillance, l'identification continue des usagers ne représente pas une atteinte plus sévère. Il y a donc lieu de maintenir les conditions énoncées à l'article 3. La durée de six mois correspond à celle durant laquelle les fournisseurs doivent conserver les données relatives au trafic et à la facturation (art. 50 OST, AS 1997 2833) afin de fournir des preuves en cas de différends concernant les factures établies. Une fois écoulé le temps de conservation prescrit, ces données sur la vie privée des personnes doivent être effacées, comme le commande la protection des données. Le 2^e alinéa dispose expressément que l'identification rétroactive des usagers n'est pas limitée aux trois mois que peut durer au maximum une surveillance.

L'identification des usagers est surtout capitale en matière de télécommunications et de trafic des paiements. Dans la correspondance postale restante, là où les opérations effectuées ne sont pas mesurées, l'identification ne sera guère requise; mais elle serait possible avec les recommandés.

212.23 Article 5 Autorités habilitées à ordonner une surveillance

L'article 5 énonce les autorités habilitées à ordonner une surveillance. Pour la poursuite d'un acte punissable, il s'agit sur le plan fédéral, selon la lettre a, du procureur général de la Confédération, des juges d'instruction fédéraux et des juges d'instruction militaires. Au niveau des cantons, cela reste les «autorités compétentes selon le droit cantonal». Dans la pratique, ce sont généralement les autorités chargées de l'instruction préparatoire, soit, suivant l'organisation judiciaire, les juges d'instruction, les procureurs généraux, les préfets, etc.

L'article 16, 2^e alinéa, de l'ancienne LTC (RO 1992 581) prévoyait que «le procureur général de la Confédération, l'auditeur en chef ou le directeur de la police cantonale» pouvaient ordonner une surveillance afin de prévenir un crime ou un délit. Cette compétence des directeurs de la police cantonale a été combattue à l'occasion de la procédure de consultation, l'argument étant qu'ils ne faisaient pas l'affaire. Puisque plusieurs cantons ne recourent pas à cette possibilité et que beaucoup requièrent un changement en la matière, la lettre b parle dorénavant des «autorités compétentes selon le droit cantonal». Cela permet aux cantons dans lesquels les requêtes de la police sont soumises à la décision du chef du département compétent de maintenir le statu quo et à ceux¹⁷ qui souhaitent un changement de confier cette tâche à une autorité judiciaire.

Une nouveauté réside dans la possibilité offerte aux autorités compétentes d'entraide judiciaire d'ordonner une surveillance (let. c et d). Il s'agit du directeur de l'Office fédéral de la police (OFP) dans les cas d'extradition et, pour les autres cas d'entraide, du procureur général de la Confédération ou de l'autorité cantonale compétente qui traite la demande d'entraide.

212.24 Article 6 Autorisation de la surveillance

La procédure d'autorisation est pour l'essentiel à l'image de la réglementation actuelle concernant la procédure pénale fédérale, avec en plus les précisions préconisées dans la motion de la Commission de gestion du Conseil national.

Le 1^{er} alinéa énumère les autorités fédérales habilitées à autoriser la surveillance et reprend l'actuel mandat délégué aux cantons consistant à désigner une seule autorité habilitée à autoriser la surveillance pour le territoire cantonal. Il n'y a aucune intention de modifier le droit en vigueur.

¹⁷ Les cantons de Berne, de Lucerne, de Zoug, de Bâle-Ville et de Thurgovie considèrent que cette décision n'appartient pas au chef du département de la police; sont en outre du même avis: le parti libéral, la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse, la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse et l'Association des chefs sûreté Suisses.

Selon le 2^e alinéa, lettre a, l'autorité habilitée à autoriser la surveillance doit être en possession de l'ordre de surveillance au plus tard vingt-quatre heures après son émission. Il doit être motivé et accompagné des pièces du dossier essentielles (2^e al., let. b). Cela permettra dorénavant à cette autorité, qui selon le droit actuel ne procède communément qu'à un contrôle juridique, d'examiner aussi le bien-fondé d'un ordre de surveillance sous l'angle de la proportionnalité. Les formulations choisies à l'article 3, 1^{er} et 2^e alinéas, donnent une réelle marge d'appréciation à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance. Car pour décider, par exemple, si les faits motivant la surveillance justifient le fort soupçon à l'endroit de l'auteur ou du coauteur présumé d'un acte punissable, l'autorité habilitée à autoriser la surveillance a besoin des principales pièces du dossier.

Le 3^e alinéa régit les compétences de l'autorité habilitée à autoriser la surveillance. Cette dernière examine le bien-fondé de l'atteinte aux droits de la personnalité et rend une décision brièvement motivée dans les cinq jours qui suivent l'émission de l'ordre de surveillance. Dans l'ordonnance y relative, le Conseil fédéral prescrira l'élaboration d'un formulaire circonstancié¹⁸ afin que toutes les indications nécessaires figurent dans l'ordre de surveillance. Dorénavant, la décision d'autorisation ne s'effectuera plus uniquement au moyen d'une mention sur le formulaire, mais sera étayée d'un bref exposé des motifs. Ceux-ci peuvent être sommaires si l'autorisation est donnée sans réserve. Par contre, ils seront plus substantiels si la surveillance n'est autorisée qu'à titre provisoire, si des pièces supplémentaires ou des recherches complémentaires sont exigées ou si d'autres mesures de protection sont requises. Si l'on voulait un exposé détaillé des motifs dans tous les cas, il faudrait porter à plus de cinq jours le délai imparti non seulement pour prendre la décision, mais aussi pour la motiver.

Jusqu'à la fin 1997, l'Entreprise des PTT n'était en contact qu'avec l'autorité ayant ordonné la surveillance. Depuis le 1^{er} janvier 1998, date à laquelle le service a commencé son travail, il s'est avéré que des problèmes d'exécution peuvent survenir, notamment lorsque l'autorisation de la surveillance est assortie de conditions. C'est pourquoi l'article 6, 3^e alinéa, cinquième phrase prévoit que l'autorité habilitée à autoriser la surveillance est tenue de communiquer immédiatement sa décision au service.

L'autorisation est donnée pour trois mois au maximum, une prolongation de ce délai étant possible. Dans la majorité des cas, trois mois suffisent, il est donc possible de réduire la durée maximale de six mois qui s'appliquait jusqu'ici au niveau fédéral. En revanche, l'identification rétroactive d'un usager porte sur une durée de six mois au maximum (cf. art. 4, 2^e al.).

Comme c'est le cas actuellement, il faut que l'exécution d'une surveillance puisse débuter avant qu'elle ne soit autorisée. Mais si cette dernière est refusée, l'autorité ayant ordonné la surveillance a l'obligation, selon le 4^e alinéa, de retirer et de détruire immédiatement tous les enregistrements et documents du dossier. Pour éviter tout préjudice¹⁹ à la personne surveillée, la deuxième phrase du 4^e alinéa précise que tous les renseignements recueillis lors de la surveillance ne seront utilisés ni pour les besoins de l'investigation, ni à titre de moyens de preuve.

¹⁸ Cf. recommandation 4 du rapport de la CdG du Conseil national (FF 1993 I 1042 et 1062).

¹⁹ De plus, la personne concernée sera aussi informée de la surveillance engagée mais finalement non autorisée (art. 8).

Le 5^e alinéa dispose que l'autorité ayant ordonné une surveillance peut au besoin en demander la prorogation avant son expiration, en motivant sa démarche et en faisant rapport des résultats déjà obtenus. Mais elle ne pourra se contenter d'indiquer que la surveillance n'a pas encore porté ses fruits. En effet, elle devra expliquer de manière plausible que la prorogation est la seule perspective pour élucider l'infraction ou mettre la main sur ses auteurs présumés. Le délai de cinq jours avant l'expiration de la mesure pour présenter la demande a essuyé plusieurs critiques à l'occasion de la procédure de consultation. Il n'est donc plus mentionné, mais il faut savoir que, sauf prorogation autorisée, le service ou le fournisseur de services postaux interrompront automatiquement la surveillance à la fin de la période de surveillance maximale.

212.25 Article 7 Utilisation des informations

En principe, seules peuvent être utilisées les informations obtenues lors d'une surveillance qui ont trait à l'investigation. Conformément au 1^{er} alinéa, dans la mesure où des relevés s'avèrent inutiles à la procédure, ils ne doivent pas être versés au dossier. Il seront détruits sitôt la procédure pénale terminée²⁰. Le tri des relevés ne saurait être confié au service. Fréquemment, celui-ci n'est pas en mesure, dans la pratique, de filtrer ces informations correctement et légalement, car ses collaborateurs n'ont pas connaissance des autres actes de procédure. Il appartient à l'autorité qui dirige la procédure au moment déterminant d'opérer le tri et la destruction éventuelle de documents. Le service ne peut effectuer ce tri que si l'ordre de surveillance indique clairement quelles sont les conversations requises. L'article 7, 1^{er} alinéa, s'adresse par conséquent aux autorités ayant ordonné la surveillance et pas, en général, au service. Lorsque des mesures de protection concrètes sont nécessaires, par exemple pendant la surveillance de titulaires de secrets professionnels, elles sont prises en application de l'article 3, 8^e alinéa. Et les informations recueillies ne sont utilisables qu'au sens du 4^e alinéa.

D'ordinaire, un premier tri est déjà réalisé par l'autorité ordonnant la surveillance. Suivant les dispositions prises pour empêcher les personnes chargées des enquêtes d'avoir connaissance des enregistrements soumis au secret professionnel ou étrangers à l'objet des investigations, il sera effectué une copie de la conversation, par exemple par une personne non impliquée dans la procédure, le reste des enregistrements, y compris la bande originale, étant conservé séparément des actes de procédure.

Certains ont observé, à l'occasion de la procédure de consultation, qu'un tri de relevés qui s'effectuerait déjà au stade de l'instruction est contraire au principe de l'immédiateté de la procédure de jugement et à la libre appréciation des preuves. Cette crainte est infondée car «ne sont pas nécessaires à la procédure pénale», selon le 1^{er} alinéa, en particulier les conversations auxquelles les personnes visées ne participent pas; par exemple dans une station publique de télécommunication ou celles qui mettent en jeu des membres de la famille au-dessus de tout soupçon. Ces personnes ont un droit inconditionnel à ce que leur vie privée ne soit pas révélée aux parties au moment de la mise à disposition du dossier. Par contre, l'intérêt à la protection de la vie privée des personnes ayant communiqué avec le suspect est moindre

²⁰ S'agissant des surveillances selon l'art. 18a EIMP (cf. à ce propos le commentaire de la loi sur l'entraide pénale internationale), est déterminant le moment où la procédure d'entraide prend fin.

dès lors que ce dernier connaît déjà le contenu de leur conversation. Lorsque la surveillance concerne exclusivement la correspondance postale et les télécommunications du suspect, il n'y a pas lieu d'opérer une interprétation étroite du 1^{er} alinéa, notamment parce que les enregistrements et documents considérés comme superflus par les autorités d'instruction pourraient être à la décharge de l'inculpé.

Ainsi, la destruction des relevés qualifiés de superflus dans un premier temps ne peut s'effectuer immédiatement, car ils pourraient encore servir à évaluer des allégations fallacieuses ou à satisfaire au droit, résultant du principe de l'immédiateté qui figure dans certains codes cantonaux de procédure pénale, à entendre les bandes originales devant un tribunal, par exemple lors d'une procédure d'appel. Par ailleurs, il faut pouvoir traiter les éventuelles preuves à la décharge du suspect, voire réfuter les allégations fallacieuses. La destruction peut donc attendre la clôture de la procédure. Une procédure de jugement est réputée clôturée lorsque celui-ci a acquis l'autorité de la chose jugée. La suspension de la procédure durant la phase d'instruction ne confère pas l'autorité de la chose jugée, par exemple si elle se produit en raison de la fuite de l'auteur dans un pays qui ne l'extradera pas. La procédure peut être reprise ultérieurement, mais, dans cette perspective, la conservation dans le dossier de relevés concernant des tiers qui, à en juger, n'ont rien à voir avec la procédure ne se justifie pas. Une telle conservation serait incompatible avec le droit de ces personnes à la protection de leur vie privée. A ce propos, surgit la question de l'obligation de conserver les bandes enregistrées lors de la surveillance téléphonique. Le service, pas plus que l'Entreprise des PTT à ce jour, ne sera tenu de conserver les bandes magnétiques. Il appartiendra donc encore à l'autorité ayant ordonné la surveillance de demander que les bandes originales lui soient remises pour les conserver. Comme cela se fait actuellement, le service procédera généralement à l'effacement des bandes magnétiques après un délai de 14 jours.

En cas de surveillance destinée à prévenir un acte punissable (art. 5, let. b), la clôture de la procédure coïncide avec la suppression de la surveillance, quand aucune procédure pénale n'est ouverte. Si une procédure est ouverte pendant ou immédiatement après la surveillance, la conclusion de la procédure est déterminante.

Le 2^e alinéa autorise, dans le cadre d'une surveillance de la correspondance postale, la mise en sûreté, pour la durée requise par la procédure, des envois tels que lettres, cartes postales, paquets, télégrammes, etc. ou des montants assignés ou des avoirs. Le destinataire en est avisé, par exemple au moyen de la copie d'une lettre, dès que le but de la procédure le permet. L'original lui sera remis dans les meilleurs délais. La saisie ou la confiscation entrent également en ligne de compte.²¹

Quand il apparaît que la surveillance met en évidence des secrets professionnels conférant un droit de refuser le témoignage, ces éléments doivent être immédiatement isolés du dossier, selon le 3^e alinéa. La destruction de ces informations s'effectue, elle aussi, après la clôture définitive de la procédure. Leur utilisation comme preuves dépend du feu vert de l'autorité habilitée à autoriser la surveillance, qui opère une pesée des intérêts entre le maintien du secret professionnel, que même l'article 321 CP ne protège pas de manière absolue, et les besoins de la poursuite pénale.

En revanche, nous avons renoncé à soumettre l'utilisation des informations provenant d'une surveillance à l'aval de l'autorité habilitée à autoriser la surveillance, lorsque les personnes sont au bénéfice du droit de refuser le témoignage à raison de

²¹ Au niveau de la Confédération selon les art. 65 et 70 PPF.

leur parenté. Une telle prescription serait d'ailleurs difficilement applicable, car il s'avère souvent difficile voire impossible de conclure en temps utile à l'existence ou à l'absence d'un lien de parenté.

Le 4^e alinéa régit les découvertes fortuites. Lorsque sont uniquement révélés d'autres actes punissables (à imputer au suspect ou à des tiers) que ceux mentionnés dans l'ordre de surveillance, ces informations ne peuvent être utilisées que si les faits découverts avaient pu faire l'objet d'une surveillance. Les conditions de l'article 3, 1^{er} et 2^e alinéas, lettre b, doivent être remplies. La fortuité de la découverte rend les deux autres conditions énumérées à l'article 3, 2^e alinéa, à savoir la forte suspicion (art. 3, 2^e al., let. a) et la subsidiarité (art. 3, 2^e al., let. c), sans effet dès lors que la découverte motive la forte suspicion et entraîne de nouveaux actes d'instruction. Les informations récoltées sont toutefois utilisables sans restriction si d'autres faits punissables sont révélés en plus de celui qui est à l'origine de la surveillance. Ils peuvent d'ailleurs être réprimés même si à eux seuls ils ne légitimaient pas une surveillance. Souvent, d'autres actes d'instruction, telle la visite domiciliaire, révèlent eux aussi des infractions supplémentaires. Pour que la personne visée puisse bénéficier de la non-utilisation des découvertes fortuites, il faut qu'elle n'ait commis aucun acte punissable présumé qui a motivé la surveillance. Cette prise en compte des «découvertes» supplémentaires découle de l'obligation imposée à la police et aux autorités de poursuite pénale de dénoncer toute infraction dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Lorsque sont mis en évidence des faits imputables à une personne qui n'est pas mentionnée dans l'ordre de surveillance, l'autorité qui a autorisé la surveillance doit examiner si les conditions justifiant une telle surveillance avaient été remplies. Si l'autorisation n'est pas donnée, les relevés sont détruits sans délai.

Selon l'article 7, 5^e alinéa, toutes les informations obtenues lors d'une surveillance peuvent servir à la recherche d'une personne. Les autorités de poursuite pénale doivent de la sorte avoir par exemple les moyens d'appréhender et d'arrêter une personne recherchée par la police dont le lieu de séjour momentané a été découvert fortuitement dans le cadre d'une surveillance. On ne saurait raisonnablement attendre des autorités de poursuite pénale qu'elles fassent fi de la connaissance qu'elles ont obtenue fortuitement du lieu de séjour d'une personne recherchée. Il peut d'ailleurs s'agir non seulement de personnes soupçonnées d'actes punissables, mais aussi d'enfants, de malades ou de déséquilibrés ayant fait l'objet d'un avis de recherche.

212.26 Article 8 Levée de la surveillance, voies de droit

Comme toute surveillance affecte souvent des personnes irréprochables, il importe qu'elle soit interrompue dès que le but a été atteint ou qu'elle n'est plus nécessaire pour d'autres raisons, notamment parce que d'autres mesures d'investigation se sont avérées fructueuses ou alors parce que l'autorisation ou la prorogation a été refusée. Il est possible de la sorte de réduire au minimum l'atteinte aux droits fondamentaux et d'agir dans les limites de la proportionnalité.

L'information après coup des personnes concernées par la surveillance correspond aux exigences des articles 8 (respect de la vie privée et familiale) et 13 (droit au

recours effectif) de la CEDH²². Elle doit s'effectuer au moment où la procédure le permet. Ce point a été très contesté à l'occasion de la procédure de consultation. Le délai de 30 jours après la clôture de la surveillance a été jugé prématuré par presque l'unanimité des intervenants. Comme dans de nombreux cas la personne surveillée sera, à un moment ou à un autre de l'instruction, confrontée avec les résultats de la surveillance, nous considérons que le moment opportun est celui-là. Cela devra se passer au plus tard lors de la consultation intégrale du dossier permettant à l'inculpé de faire valoir son droit d'être entendu ou lors de la suspension de la procédure. Le stade de l'instruction auquel est accordée la consultation intégrale du dossier n'est pas réglementé de manière uniforme dans les différents codes de procédure pénale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit au plus tard du moment où le danger de collusion est écarté. Or la présente loi fédérale doit prendre en compte ces différences.

La personne informée est celle qui a fait l'objet de la surveillance, soit celle qui est considérée par le fournisseur du service postal ou de télécommunication comme le titulaire de la boîte aux lettres, de la case postale, du compte ou du raccordement de télécommunication. Il peut donc s'agir soit de la personne visée par la surveillance, donc le suspect, soit d'une autre personne. En cas de surveillance d'une station publique de télécommunication, c'est le suspect qui est informé. Il a été exigé, à l'occasion de la procédure de consultation, l'information de toutes les personnes touchées par la surveillance. A part le fait que cela s'avérerait impossible dans de nombreux cas, sauf identification préalable des personnes concernées, une telle besogne est aussi inutile. Car la majorité des informations se révélera sans intérêt pour la procédure et ne sera, au regard de l'article 7, 1^{er} alinéa, même pas versée au dossier. L'atteinte à la vie privée est donc faible. Si les renseignements récoltés sont utilisés dans la procédure, la personne concernée prendra connaissance de la surveillance au moment où elle sera interrogée sur les circonstances de sa correspondance postale ou de ses télécommunications.

Avec l'accord de l'autorité qui a autorisé la surveillance, la communication peut être repoussée au maximum jusqu'à 30 jours après la clôture de la procédure pénale²³ (3^e al.), pour ne pas menacer le but de l'investigation ou d'une autre procédure pénale. Il faut penser en particulier au risque de collusion et à la possibilité que des coauteurs soient encore en liberté. Pour des raisons d'opportunité, l'autorité qui dirige la procédure (soit celle d'instruction ou de jugement) se chargera d'informer au moment où l'ajournement n'est plus nécessaire (5^e al.). L'autorité qui a autorisé la surveillance apprécie librement si l'information doit se faire à un certain stade de l'instruction ou dans un certain délai. Dans cette dernière éventualité, une prorogation est possible si le motif du report existe encore. Par ailleurs, le report ne durera que tant que le droit d'être entendu s'oppose à la nécessité du secret de l'instruction. Si les renseignements obtenus sont utilisés pour l'administration des preuves, la communication s'effectuera au plus tard lorsque les parties seront invitées, vers la fin de l'instruction, à formuler des demandes d'actes d'instruction ou de présentation de preuves.

²² Arrêts de la CEDH en les causes Klass (série A, n° 28) et Malone (série A, n° 82); consécutivement, le Tribunal fédéral a imposé aux cantons le devoir de renseigner (ATF 109 Ia 273), et le législateur fédéral l'a introduit lors de la révision de l'OJ de 1991 (cf. à ce propos FF 1985 II 874).

²³ S'agissant des surveillances selon l'art. 18a EIMP (cf. à ce propos le commentaire de la loi sur l'entraide pénale internationale), est déterminant le moment où la procédure d'entraide prend fin.

Il se peut aussi qu'il faille renoncer à la communication (4^e al.), parce qu'elle n'est pas possible ou parce que des intérêts publics ou privés prépondérants l'exigent. Pour assurer une pesée correcte des intérêts en jeu, la décision définitive de ne pas informer doit recevoir l'aval de l'autorité qui a autorisé la surveillance. Pourtant, le fait de ne pas informer ne doit pas restreindre les droits du prévenu. C'est pourquoi une condition supplémentaire est énoncée, à savoir que les renseignements obtenus par la surveillance ne peuvent être utilisés comme moyens de preuve.

L'article 8, 6^e alinéa, donne la possibilité aux personnes ayant subi une surveillance de former recours dans les 30 jours qui suivent leur information. Cette voie de droit permet de faire grief du manque de légalité ou de proportionnalité de la surveillance. Elle avait été requise dans la motion de la CdG afin que la personne surveillée puisse déjà intervenir au stade de l'instruction. Mais elle continuera de pouvoir le faire lors de la procédure principale devant le tribunal de jugement.

Prévu dans l'avant-projet, le délai de recours de 20 jours a été critiqué durant la procédure de consultation. Il est donc fixé aux 30 jours habituels, cela essentiellement par égard pour les tiers qui, fréquemment, n'apprennent qu'au moment de la communication qu'une procédure pénale est en cours. S'il s'agissait uniquement d'informer des prévenus, un délai plus court serait aussi envisageable. Dans de nombreux codes de procédure, le délai de recours contre un acte d'instruction est en effet de dix jours; mais comme la surveillance est de toute façon terminée, un délai si court ne se justifie pas.

L'instance de recours est la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral si l'ordre de surveillance émane du procureur général de la Confédération ou du juge d'instruction fédéral. Cette réglementation a pour défaut que le président de la Chambre d'accusation risque la récusation pour avoir autorisé la surveillance. Il faut toutefois s'accommoder de cet inconvénient à titre de solution transitoire, en attendant le remaniement de la procédure pénale fédérale²⁴. L'autonomie organisationnelle des cantons ne devant pas être entamée, ce sont ces derniers qui désignent l'instance de recours appropriée.

Si le recours est admis, toutes les données traitées doivent, pour des motifs de protection de la personnalité, être détruites en application, par analogie, de l'article 6, 4^e alinéa.

212.3 Section 3: Surveillance de la correspondance postale

212.31 Article 9 Tâches du service

Le service de surveillance de la correspondance postale et des télécommunications joue le rôle de relais entre les autorités ordonnant une surveillance et les fournisseurs de services postaux et de télécommunication. A ce jour, cette tâche était accomplie par la Direction générale de l'Entreprise des PTT. L'intervention du service a surtout son importance en télécommunications, un domaine où les fournisseurs sont nombreux. Lorsque la surveillance porte sur la correspondance postale, le service s'acquitte en premier lieu de tâches de coordination telles que l'examen formel de la demande (1^{er} al., let. a), les instructions au fournisseur d'un service postal quant à la manière d'exécuter la surveillance (1^{er} al., let. b) et la communication de la levée de

²⁴ Cf. avant-projet de loi fédérale sur le Tribunal fédéral mis en consultation en octobre 1997.

la surveillance (*1^{er} al., let. c*). Mais il ne participe pas à l'exécution de la surveillance, alors qu'il y prend part dans le domaine des télécommunications.

Le service examine uniquement si l'ordre de surveillance fait état d'une infraction visée par la présente loi et s'il a été donné par une autorité compétente au regard du droit procédural applicable. L'examen matériel de l'opportunité de la surveillance appartient à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance. Si l'ordre de surveillance est manifestement non conforme, p. ex. si aucun délit permettant d'effectuer une surveillance n'y figure, ou s'il y manque des éléments essentiels, p. ex. si une personne tenue au secret professionnel est l'objet d'une surveillance sans que soient prises des mesures de protection, le service doit s'adresser à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance et lui demander des instructions.

Le service veille à ce que la surveillance s'effectue dans la forme prescrite et, par exemple, que les mesures de protection soient bien mises en œuvre. Si le fournisseur de services postaux dispose d'un office central regroupant les ordres de surveillance, l'exécution ne sera généralement pas réglée dans le détail. Par contre, si le fournisseur prévoit que les ordres de surveillance vont directement à une agence extérieure, par exemple à un bureau de poste, le service devra s'assurer de leur exécution correcte dans le maintien du secret postal.

Le service informe l'autorité qui a autorisé la surveillance de la levée de cette dernière dans deux buts: d'une part pour confirmer à l'autorité que l'interruption a bien eu lieu, d'autre part pour mettre en évidence les éventuels ordres de surveillance n'ayant pas fait l'objet d'une demande d'autorisation.

Les ordres de surveillance sont transmis au service qui, une fois la surveillance terminée, les conserve pendant encore une année. Le Conseil fédéral déterminera les modalités de cette opération. Les surveillances devant débiter dans les plus brefs délais, la transmission par télécopie sera la règle. L'envoi consécutif de l'original ne sera pas une nécessité absolue si la transmission provient clairement d'un raccordement de l'autorité compétente.

En vertu du 2^e alinéa, le service pourra aussi faire office de conseiller technique en matière de surveillance postale. L'admission de fournisseurs privés de services postaux soulève nécessairement de nouvelles questions liées à l'accomplissement de la surveillance. Afin d'être en mesure de renseigner les autorités ordonnant des surveillances à propos des fournisseurs admis sur le marché, le service établit un registre des fournisseurs de services postaux jouissant d'une concession officielle. Si le département ayant la surveillance de la correspondance postale tient un registre, le service pourra le reprendre.

212.32 Article 10 Obligations des fournisseurs de services postaux

L'article 10 oblige les fournisseurs de services postaux à remettre à l'autorité ayant ordonné la surveillance, dans la mesure où l'ordre de surveillance le prescrit, les envois postaux, montants assignés et avoirs de titulaires de comptes ainsi que les autres données relatives au trafic et à la facturation. S'agissant des services postaux, contrairement aux télécommunications, la mise à disposition par les fournisseurs s'effectue directement à l'attention de l'autorité ayant ordonné la surveillance, sans intervention du service. La possibilité d'identifier les usagers ou de renseigner sur les événements du passé ont en l'occurrence surtout leur importance en matière de

paiements. C'est pourquoi les fournisseurs garderont ces données pendant six mois au minimum. Par ailleurs, les fournisseurs doivent donner, à la demande de l'autorité ayant ordonné la surveillance, d'autres renseignements sur la correspondance postale d'une personne, par exemple sur la fréquence à laquelle elle vide sa case postale.

La mention de l'article 321^{er} CP est la confirmation que l'intervention des autorités compétentes dans la correspondance postale et les télécommunications constitue une opération soumise au secret postal et à celui des télécommunications.

212.4 Section 4: Surveillance des télécommunications

212.41 Article 11 Tâches du service

Le rôle du service est sensiblement plus important lorsque la surveillance concerne les télécommunications et non les services postaux. Il n'accomplit alors pas seulement la mission d'intermédiaire entre les fournisseurs et les autorités ordonnant la surveillance, mais assume aussi de nombreuses fonctions, dont certaines très exigeantes sur le plan technique; l'infrastructure du service sert presque exclusivement à la surveillance des télécommunications. Il sera crucial pour le service qu'il parvienne à rester à la pointe du progrès en matière de télécommunications. Outre les tâches de coordination (*1^{er} al., let. a, b et h, 2^e al., let. e*), dont il s'acquitte aussi lors d'une surveillance dans le domaine postal, le service constitue, en cas de surveillance des télécommunications, le point de convergence des renseignements et transmissions provenant des fournisseurs ou leur étant destinés (*1^{er} al., let. c*).

Comme à l'article 9, 1^{er} alinéa, lettre a, le service procède uniquement à un examen formel des demandes, c.-à-d. qu'il vérifie la compétence de l'autorité ordonnant la surveillance (cf. art. 5) et l'énonciation d'un motif à l'appui de la surveillance.

Dans la surveillance des télécommunications, le service ne possède pas seulement un droit d'émettre des prescriptions (*1^{er} al., let. b*), mais il met aussi en œuvre, sur la base du *1^{er} alinéa, lettre f*, les mesures supplémentaires de protection préconisées par l'autorité qui a autorisé la surveillance en cas de surveillance selon l'article 3, 3^e à 7^e alinéas. Avant la fin 1997 déjà, environ 1/3 de l'activité déployée par la Section tâches spéciales Télécom concernait l'évaluation des surveillances ordonnées; à l'avenir également, il importe donc de tirer parti de cette expérience.

Comme indiqué plus haut, il n'appartient pas seulement au service de coordonner les tâches de surveillance des télécommunications, car il joue aussi le rôle de point de convergence: il reçoit les renseignements et les transmissions des fournisseurs, les enregistre et livre les enregistrements à l'autorité ayant ordonné la surveillance. Le terme transmission s'applique aux informations transmises par télécommunication selon l'article 3, lettres a et c, LTC. Le service peut aussi opérer une conversion technique des informations afin d'obtenir des données qui sont lisibles par l'autorité ayant ordonné la surveillance. De plus, le service veille à la réalisation des branchements directs (*1^{er} al., let d*). Conformément à l'article 11, *1^{er} alinéa, lettre d*, le service n'est pas tenu, en cas de branchements directs, d'enregistrer les transmissions des fournisseurs. Il appartient au contraire à l'autorité ayant ordonné la surveillance de s'en charger. Toutefois, pour éviter que des problèmes techniques rendent l'enregistrement impossible au début de la surveillance, et donc que des éléments de preuve ou d'évaluation manquent ultérieurement, le service peut également s'occuper de l'enregistrement lors de raccordements directs. Dans les télécommuni-

cations aussi, le service informe l'autorité qui a autorisé la surveillance de la levée de cette dernière. (1^{er} al., let. g).

S'il dispose des ressources nécessaires, le service peut aussi se charger sur demande des tâches suivantes: enregistrement lors de branchements directs (2^e al., let. a), évaluation (tri) des surveillances ordonnées (2^e al., let. d), transcription de transmissions des fournisseurs (2^e al., let. b)²⁵, traductions (2^e al., let. c)²⁶ et conseils techniques dans le domaine des télécommunications (2^e al., let. e).

212.42 Article 12 Renseignements sur les raccordements de télécommunication

Avec la nouvelle loi sur les télécommunications, les clients des services de télécommunication n'ont plus l'obligation de figurer dans les annuaires. Par conséquent, ils ont le droit d'exiger que leur nom, adresse et autres ressources d'adressage (art. 3, let. f, LTC) ne soient pas rendus publics. Etant donné toutefois que le secret des télécommunications protège uniquement les communications effectives, les ressources d'adressage peuvent être consultées au moyen d'une procédure simplifiée.

Le droit de l'autorité ordonnant la surveillance d'identifier la personne appelante ou la personne appelée fait partie de l'ordre de surveillance. Mais, dans le cadre de leurs investigations, les autorités de poursuite pénale et de police prennent souvent connaissance par d'autres détours que la surveillance des contacts téléphoniques qu'entreprendrait un suspect, par exemple par la saisie d'un agenda ou d'une liste d'adresses lors d'une perquisition. L'identification des raccordements renseigne sur le milieu dans lequel évolue la personne. Ces indications sont donc très importantes pour la poursuite des recherches.

Divers participants à la procédure de consultation ont demandé que soient dévoilées dans une procédure simplifiée non seulement les ressources d'adressage mais aussi toutes les données secondaires. Comme elles sont soumises au secret des télécommunications, nous préférons y renoncer (cf. supra art. 1^{er} et 4).

Le 1^{er} alinéa énumère les données pouvant être révélées dans une procédure simplifiée. La demande doit être présentée au service afin que seules des personnes autorisées prennent connaissance des informations, ce que les fournisseurs ne seraient en mesure d'assurer. D'ailleurs, avec l'introduction de la portabilité des numéros (art. 28, 4^e al., LTC), un numéro d'appel ne permet plus de savoir chez quel fournisseur l'utilisateur a son raccordement. Les demandes de renseignements doivent indiquer les numéros d'appel ou les noms des personnes au sujet desquels des informations supplémentaires sont souhaitées. Il ne peut être demandé à un fournisseur de livrer des données concernant un nombre indéterminé de raccordements, par exemple tous les numéros d'appel d'un corps de métier, d'une commune ou d'un canton.

Le cercle des autorités habilitées est un peu plus grand que pour les surveillances: s'ajoutent aux autorités ordonnant la surveillance selon l'article 5 et à celles qui les

²⁵ Il s'agit, lors de mises sur écoute, de rapporter le contenu des conversations, si l'autorité ayant ordonné la surveillance le souhaite.

²⁶ La Direction générale des PTT, Section tâches spéciales Télécom, était, sur demande, en mesure de traduire, avec ses services de contrôle régionaux, en allemand, en français, en italien et en anglais. Il est par ailleurs prévu que le service traite des langues supplémentaires (turc, langues slaves) ou fasse appel aux traducteurs des différents commandements de police.

autorisent selon l'article 6, 1^{er} alinéa, les autorités de police fédérales et cantonales. Dans l'accomplissement de leurs tâches de police judiciaire et de sécurité, elles doivent être à même de savoir à qui appartient un numéro d'appel et où est localisé un raccordement – ne serait-ce, outre les buts mentionnés, que pour identifier un appel au secours indistinct lancé à la police.

Il a été jugé, à l'occasion de la procédure de consultation, qu'il n'y avait pas lieu de mentionner toutes les autorités réglant des questions de droit pénal administratif, car cela allait trop loin. Comme toutefois il est fréquent que les indices disponibles au sujet d'auteurs ou de témoins consistent seulement en des numéros d'appel de raccordements de télécommunication, il importe que l'on puisse identifier ces personnes. Néanmoins, les autorités de droit pénal administratif continueront de ne pas disposer du moyen de la surveillance.

Les modalités de cette information, dont la réglementation sera confiée au Conseil fédéral, seront semblables à celles de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1997 sur le service de surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (RO 1997 3022).

212.43 Article 13 Obligations des fournisseurs de services de télécommunication

Les fournisseurs de services de télécommunication informent le service et non pas directement, comme dans la surveillance de la correspondance postale, l'autorité ayant ordonné la surveillance. Evidemment, le service ne peut requérir des renseignements que dans la mesure où un ordre de surveillance prévoit cette possibilité. Par ailleurs, les fournisseurs mettent à la disposition du service les transmissions requises dans l'ordre de surveillance. Le service joue là le rôle de plaque tournante. Contrairement à la pratique consécutive à la loi sur les télécommunications de 1991, par laquelle l'Entreprise des PTT connaissait l'autorité ordonnant la surveillance et les infractions poursuivies, ces indications seront désormais transmises uniquement au service, et plus au fournisseur. Ce dernier ne saura donc pas si les personnes surveillées sont des suspects ou des tiers, ni quelles sont les infractions poursuivies.

Un délai de conservation des données relatives au trafic et à la facturation d'une durée de six mois est requis pour permettre, même rétroactivement, l'identification des usagers, selon l'article 4.

Le 3^e alinéa dispose que les transmissions requises, à savoir le contenu des communications, soient autant que possible mises à disposition en temps réel. S'agissant des données relatives au trafic et à la facturation, cela n'est pas toujours possible. Ainsi, on ne peut pas en général signaler en temps réel, mais seulement en différé, à l'autorité ayant ordonné la surveillance le raccordement de fax que la personne surveillée appelle à un moment précis.

De nos jours, des particuliers vendent en Suisse comme à l'étranger des appareils permettant de chiffrer, même plusieurs fois, une transmission. Dans tous les cas évoqués, il n'existe aucune possibilité de décoder le contenu des communications sans connaître la clé intégrale de chiffrement et l'algorithme utilisé. On ne saurait par conséquent obliger les fournisseurs à ne livrer que des transmissions en clair. Le réseau du Natel D utilise un procédé international, normalisé, de chiffrement entre les appareils émetteurs et récepteurs. C'est pourquoi le 3^e alinéa impose aux fournis-

seurs de supprimer avant la transmission les chiffrements auxquels ils ont eux-mêmes procédé.

Les fournisseurs transmettent au service les données mentionnées à l'article 12, 1^{er} alinéa, par l'intermédiaire d'un poste de renseignements ou d'une procédure d'appel. Maintes fois demandé à l'occasion de la procédure de consultation, un accès des autorités de police et de procédure pénale aux systèmes d'information des fournisseurs irait pourtant trop loin. Il convient en revanche de privilégier la solution de l'accès direct au moyen d'un masque d'interrogation qui ne donne au service que les indications visées à l'article 12, 1^{er} alinéa.

Selon le 5^e alinéa, le Conseil fédéral définit les modalités concernant le contenu et la présentation des renseignements et transmissions fournis par les fournisseurs de services de télécommunication ainsi que les horaires de disponibilité. Jusqu'à la fin 1997, il n'est jamais apparu nécessaire aux Télécom PTT de mettre un service de renseignements à disposition 24 heures sur 24, à part le 111. Mais si de plus en plus de clients décidaient de ne pas figurer dans les annuaires publics, il s'avérerait peut-être nécessaire de prévoir une information gratuite, disponible à n'importe quel moment. Le Conseil fédéral tiendra compte de l'évolution future.

212.5 Section 5: Emoluments et indemnités

Article 14

L'article 14 reprend la récente réglementation de l'article 44 LTC. Le fournisseur doit être disposé à remettre les transmissions au service, à la demande de celui-ci. Cela signifie qu'il doit être préparé techniquement à procéder à des surveillances. Le 1^{er} alinéa précise que les frais engendrés vont à sa charge. En revanche, les surveillances ordonnées seront indemnisées équitablement. L'indemnisation portera sur la mise en place et la suppression de la surveillance, la durée de la fourniture des relevés de service notamment ainsi que les prestations supplémentaires en rapport avec la surveillance. Si la demande de surveillance est adressée à l'un des nouveaux fournisseurs, il se peut que Swisscom reçoive également une indemnité partielle puisqu'elle doit mettre à disposition une ligne de location.

Vu l'article 4 de la loi fédérale du 4 octobre 1974 instituant des mesures destinées à améliorer les finances fédérales (RS 611.010), le Conseil fédéral doit aussi fixer des émoluments pour les prestations du service de manière à couvrir les coûts engendrés.

212.6 Section 6: Dispositions finales

212.61 Article 15 Exécution

Le Conseil fédéral édictera les dispositions organisationnelles nécessaires en plus des délégations prévues aux articles 12, 3^e alinéa, 13, 5^e alinéa, et 14, 2^e alinéa. Il est prévu la prescription d'un formulaire des plus complets par lequel sera ordonné une surveillance.

212.62 Article 16 Disposition transitoire

Les surveillances en cours seront menées à terme conformément au droit en vigueur. En pratique, cela concerne la durée admise de la surveillance, les exigences régissant une éventuelle prolongation, les mesures de protection de certaines personnes et l'information des personnes surveillées à la fin de l'opération. Si, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, des surveillances portent sur des infractions que la nouvelle loi ignore, elles devront cesser à la fin de la période autorisée. Des prorogations ne seront admises que si les conditions du nouveau droit sont remplies.

212.63 Article 17 Référendum et entrée en vigueur

L'entrée en vigueur de nouvelles lois remplaçant des dispositions cantonales en vigueur ne peut souvent avoir lieu que lorsque les cantons ont adapté leur législation. Or il s'est avéré, après consultation des codes de procédure cantonale, qu'aucune adaptation n'est nécessaire. L'organisation que connaissent les autorités ordonnant les surveillances et les autorités qui les autorisent ne doit pas être modifiée. Matériellement, seules sont imposées des exigences plus strictes en matière de surveillance, outre l'introduction de nouvelles mesures de protection. Le droit cantonal en vigueur n'est pas en contradiction avec la pratique plus restrictive établie dans la présente loi fédérale, pour autant que les autorités cantonales la reprennent sans supprimer le droit cantonal correspondant. Il suffira donc d'abroger à l'occasion les dispositions cantonales sur la surveillance. La mise en vigueur de la loi fédérale peut donc se faire sans délai.

212.7 Annexe: Modification du droit en vigueur

212.71 Modification du code pénal

L'article 179^{octies} CP de 1979 a été introduit consécutivement aux nouvelles dispositions sur la protection de la vie privée. Il établit clairement qu'une atteinte à la vie privée ordonnée par une autorité compétente n'est pas punissable. En ne mentionnant que les personnes qui ordonnent une surveillance ou mettent en œuvre des appareils techniques de surveillance, la disposition ne précise pas si les personnes qui procèdent réellement à la surveillance sont également incluses. Il convient donc qu'elles y figurent expressément. Tant que les obligations des PTT étaient réglementées séparément dans les lois sur le Service des postes et sur les télécommunications, cette précision était superflue. Mais, depuis le 1^{er} janvier 1998, de pareilles dispositions manquent complètement dans le domaine de la poste et ne sont que rudimentaires à l'article 44 LTC. Les normes sur le secret postal et sur celui des télécommunications, ainsi que sur ses exceptions, ont cédé la place à l'article 321^{ter} CP, qui réprime dorénavant la violation de ce secret.

La nouvelle loi rend l'article 179^{octies}, 2^e alinéa, CP superfétatoire. Il est donc opportun de le remplacer par un renvoi à la loi.

L'article 400^{bis} CP contient une disposition transitoire qui a été édictée en 1979 avec la loi fédérale sur la protection de la vie privée. Etant donné qu'elle a une certaine importance, puisqu'elle pose des exigences minimales envers le droit cantonal de procédure, elle n'a pas été abrogée. Mais la nouvelle loi la rend obsolète.

212.72 Modification de la loi fédérale sur la procédure pénale

Dans la procédure pénale fédérale (PPF; RS 312.0), ce sont les dispositions des articles 66 à 66^{quinquies} qui peuvent être abrogées. Elles sont aussi remplacées par un simple renvoi. A l'article 72, la compétence donnée au procureur général de la Confédération de recourir à des appareils techniques de surveillance est maintenue. Jusqu'ici, la législation ne prévoyait pas la possibilité pour le juge d'instruction fédéral de se servir de ce genre d'appareils; cette lacune est donc comblée par la même occasion. Il est procédé aux modifications correspondantes dans la procédure pénale militaire.

212.73 Modification de la loi sur l'entraide pénale internationale

Dans le domaine de l'entraide, l'expérience montre qu'il serait utile de surveiller les relations par télécommunications que des personnes recherchées internationalement pourraient avoir avec d'éventuels complices en Suisse. Il est créé à cette fin un article 18a dans la loi sur l'entraide pénale internationale (EIMP; RS 351.1). Le 2^e *alinéa* prévoit la possibilité que d'autres formes d'entraide judiciaire apparaissent à l'avenir. La nécessité que soient réunies à la fois les conditions de l'entraide judiciaire envers l'Etat requérant et celles de l'ordre de surveillance est une évidence; elle est néanmoins établie expressément au 3^e *alinéa*.

212.74 Modification de la loi sur les télécommunications

L'article 44 LTC trouve également sa concrétisation dans la présente loi et peut ainsi être remplacé par un renvoi. Matériellement, la disposition peu claire selon laquelle le DETEC fixe, aux fins de dédommagement, «les éléments de coûts à prendre en considération ainsi que leur pondération» (art 44, 3^e al., LTC) est remplacée par la compétence, octroyée au Conseil fédéral, de réglementer la question des émoluments et des indemnités.

22 Projet de loi fédérale sur l'investigation secrète

221 Grandes lignes du projet de loi

221.1 Aperçu

Le Conseil fédéral a décidé de soumettre au Parlement une loi fédérale consacrée spécialement aux investigations secrètes, plutôt que de procéder à une révision de la procédure pénale fédérale et de la loi sur les stupéfiants, comme nous l'avions fait dans l'avant-projet envoyé en consultation. Cela permettra d'éviter la répétition de nombreuses dispositions ayant la même teneur.

Les investigations secrètes constituent incontestablement une atteinte grave à la liberté personnelle et à la vie privée, aussi requièrent-elles une base légale. La Cour européenne des Droits de l'Homme ne s'est pas prononcée sur le degré de précision que devrait avoir la base légale exigée pour remplir les conditions de l'article 8 CEDH. Nous sommes d'avis qu'il est judicieux de prévoir une loi au sens formel,

d'élaborer des règles de procédure détaillées et de désigner précisément les autorités habilitées à ordonner cette mesure.

221.2 Notions

Dès le début des travaux relatifs à la réglementation de l'enquête sous couverture (l'avant-projet envoyé en consultation utilisait le terme d'enquête sous couverture pour décrire l'action des agents infiltrés; le terme d'investigation secrète n'a été introduit que lors de la rédaction du présent projet), le groupe d'étude DFJP s'est penché sur cette notion, employée de manière différente dans la discussion et qui, de ce fait, a donné lieu à des difficultés de compréhension et de délimitation. Nous renonçons pourtant à en donner une définition, car les dispositions légales proposées en définissent le cadre de façon suffisamment précise.

L'investigation secrète consiste à nouer des contacts avec des personnes soupçonnées, dans le but de constater et de prouver un acte punissable tout en se confinant dans un rôle essentiellement passif. L'agent infiltré peut adopter un comportement de circonstance, mais il doit s'abstenir d'exercer une influence quelconque pour décider l'auteur à agir ou pour provoquer une infraction. Un «contact» appartenant au commandement de la police qui a désigné l'agent infiltré sert d'intermédiaire entre lui et les autorités de poursuite pénale. Au cours de sa mission, l'agent infiltré suit les consignes du «contact» chargé de le diriger. La notion d'investigation secrète, au sens du présent projet de loi, n'englobe pas la collaboration spontanée apportée par des personnes privées qui fournissent des informations aux autorités chargées de l'instruction pénale, même lorsque celles-ci – elles sont appelées informateurs ou indicateurs – perçoivent une indemnité pour leur activité bénévole. La terminologie la plus diverse est utilisée par la doctrine et la pratique. Dans la présente loi, l'élément du rapport de travail dans un corps de police est déterminant. En règle générale, il s'agit d'une personne bénéficiant d'une formation de policier (art. 2, 2^e al., let. a, la notion de fonctionnaire étant employée à dessein pour marquer la durée du rapport de travail; cela ne signifie pourtant pas que la nomination doive porter sur une période administrative). Dans certains cas exceptionnels, il pourra s'agir de personnes n'ayant pas de formation de policier, mais qui seront toutefois liées par un contrat de travail afin de garantir un lien solide avec le «contact» et le commandement de police (art. 2, 2^e al., let. b).

L'observation consiste principalement à épier de manière ciblée ce qui se passe dans des endroits publics, accessibles à chacun. Elle exige l'intervention d'un nombre élevé de personnes chargées de suivre les déplacements spontanés des personnes surveillées. Au cours d'une observation, il n'est pas rare que des faits survenant dans des endroits publics, accessibles à chacun, fassent l'objet d'enregistrements d'images et de son. Dans la procédure pénale fédérale, les prescriptions relatives à la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (cf. ch. 21) s'appliquent par analogie si des personnes et leurs activités sont observées dans des locaux privés et s'il est nécessaire d'utiliser des appareils techniques de surveillance (art. 72 PPF). Dans ce cas, l'autorisation d'un juge est nécessaire pour que ceux qui ordonnent ou exécutent des mesures de surveillance portant sur l'écoute de conversations non publiques entre d'autres personnes (art. 179^{bis} CP) ou sur l'enregistrement de faits relevant du domaine secret ou privé d'un tiers sur un porteur de son ou d'images (art. 179^{ter} et 179^{quater} CP) soient exemptés des peines prévues aux articles 179^{bis} ss du code pénal.

Tant l'observation que l'investigation secrète visent à réunir les preuves d'un acte punissable sans que la personne soupçonnée ne s'en rende compte. Alors que l'observation s'effectue à distance, par le biais d'une surveillance ciblée, l'investigation secrète implique l'infiltration de fonctionnaires de police désignés pour effectuer cette tâche dans un milieu déterminé. Selon les circonstances, la mission des agents infiltrés est combinée avec une observation, des surveillances téléphoniques ou d'autres mesures d'enquête.

Il convient de distinguer également l'intervention d'investigateurs en civil. Ceux-ci peuvent également observer des personnes et des événements sans faire préalablement connaître leur fonction. Ils n'ont cependant pas besoin d'une identité d'emprunt et ne sollicitent pas de mesures de protection pour témoigner. Ils sont soumis à une surveillance ordinaire dans le cadre de leur fonction.

221.3 Champ d'application

La Confédération a la compétence de réglementer l'investigation secrète lorsque la participation à un acte punissable exige la création d'un fait justificatif. Elle peut lier l'impunissabilité qui découle de la commission de certains actes à des conditions déterminées, p. ex. à l'autorisation préalable par un juge. Dans les domaines où la Confédération dispose d'une compétence législative étendue, elle peut également édicter des dispositions qui déploient leurs effets dans des domaines juridiques où la compétence législative appartient aux cantons. Par exemple, dans le secteur des stupéfiants, la Confédération a déjà autorisé des agents infiltrés à se faire passer pour des acheteurs potentiels ou des personnes désireuses d'obtenir un échantillon de drogue. L'article 23, 2^e alinéa, LStup prévoit en effet qu'une telle activité n'est pas punissable lorsqu'elle est exercée à des fins d'enquête. La compétence de légiférer en matière de droit pénal (art. 64^{bis} cst.) et sur le commerce des denrées alimentaires et des substances thérapeutiques (art. 69^{bis} cst.) permet à la Confédération de créer un fait justificatif pour la préparation et la conclusion de marchés fictifs en matière de stupéfiants, et aujourd'hui de compléter ces dispositions.

Nous renonçons à créer un fait justificatif de portée générale, qui aurait non seulement permis aux agents infiltrés de conclure des marchés fictifs dans le domaine des stupéfiants, mais encore de participer notamment à des actes punissables dans le cadre de la lutte contre le crime organisé; nous craignons en effet qu'une telle disposition favorise l'escalade de la violence (des organisations criminelles risqueraient d'exiger, comme preuve de loyauté, la commission d'une infraction qui ne serait plus couverte par ce fait justificatif).

La réglementation de l'investigation secrète pour l'ensemble du pays, qui est limitée à la préparation et à la conclusion d'un marché fictif dans le secteur des stupéfiants, n'exclut nullement l'intervention d'agents infiltrés dans d'autres secteurs. Mais une telle réglementation ne peut pas être édictée par la Confédération, elle doit être insérée dans le droit de procédure pertinent par les organes législatifs cantonaux (l'art. 1^{er}, 3^e al., signale cela); ceux-ci n'ont toutefois pas la compétence d'autoriser les agents infiltrés à commettre des actes punissables. La Confédération offre néanmoins un appui important aux cantons: afin de permettre aux agents infiltrés d'entrer dans la peau de leur personnage et de s'y maintenir (transformation de leur identité), l'établissement et l'utilisation de «vrais faux» papiers ne seront pas punissables si un juge l'a autorisé.

Enfin, dans la procédure pénale fédérale, le présent projet prévoit l'intervention d'un agent infiltré pour élucider un acte punissable relevant de la juridiction fédérale.

221.4 Conception de la réglementation

La réglementation proposée distingue deux étapes bien délimitées dans le déroulement des investigations secrètes: la phase de préparation et l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale. L'intervention d'un agent infiltré ne s'improvise pas, mais est au contraire le fruit d'une préparation sérieuse, d'une part pour choisir et former les personnes appropriées ainsi que pour leur confectionner une identité d'emprunt (avec ou sans fabrication de titres), d'autre part pour établir les premiers contacts dans l'entourage des personnes visées ou directement avec celles-ci. Durant la phase de préparation, les agents infiltrés doivent tout d'abord essayer de s'intégrer dans un cercle de personnes dont une ou plusieurs sont suspectées d'avoir commis ou de s'apprêter à commettre des délits si graves que ce soupçon initial permet déjà de prévoir l'ouverture prochaine d'une procédure pénale. Durant cette phase, l'investigation secrète constitue un instrument auquel il est possible de recourir sans qu'une décision ait forcément été prise sur la manière concrète de la mettre en œuvre dans le cadre de la procédure. L'investigation secrète est ordonnée par les autorités de poursuite pénale compétentes lorsqu'en raison de la gravité ou de la particularité de l'acte faisant l'objet des investigations, l'enquête risque de ne pas aboutir ou d'être rendue excessivement difficile à mener sans le recours à l'investigation secrète.

La section 1 du projet de loi en fixe le champ d'application. La section 2 contient les dispositions générales s'appliquant à toute la durée de la mission d'un agent infiltré, qu'il soit ou non chargé d'intervenir dans le cadre d'une procédure pénale déterminée. Elle fixe les droits et obligations des agents infiltrés et règle notamment le déroulement de la phase de préparation, au cours de laquelle la tâche de l'agent consiste à s'infiltrer dans un cercle de personnes et à y évoluer sans se faire démasquer. Cela implique, si nécessaire, l'octroi d'une identité d'emprunt et d'une promesse de discrétion. La section 3 règle l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale, soit pour combattre le trafic illicite de stupéfiants, soit pour élucider un acte punissable relevant de la juridiction fédérale. Cette section contient notamment les dispositions fixant la procédure d'autorisation par un juge de l'investigation secrète, l'impunité pour les délits en matière de stupéfiants et l'utilisation des constatations fortuites. La section 4 détermine le déroulement de la procédure devant le tribunal lorsque l'intervention d'un agent infiltré a débouché sur la mise en accusation d'un inculpé. Enfin, la section 5 contient les dispositions finales, notamment les modifications du code pénal (RS 311.0) et de la loi sur les stupéfiants (RS 812.121) rendues nécessaires par l'adoption du présent projet.

Une investigation secrète peut être ordonnée si la nature de l'infraction justifie cette mesure et si les investigations sur l'activité délictueuse sont conduites en observant une attitude essentiellement passive, sans que l'agent infiltré exerce une quelconque influence pour décider l'auteur à agir ou pour provoquer l'infraction. En outre, une telle mission ne doit être soumise à l'autorisation d'un juge que lorsqu'elle s'effectue dans le cadre d'une procédure pénale. Durant la phase de préparation et aussi longtemps que l'activité de l'agent ne s'exerce pas dans le cadre d'une procédure pénale, l'autorisation d'un juge n'est requise que si des titres doivent être fabri-

qués ou modifiés pour constituer ou conserver une identité d'emprunt, ou si les personnes désignées comme agent infiltré ne sont pas des fonctionnaires de police.

Le projet n'autorise pas les fonctionnaires de police infiltrés à participer à des actes punissables, sauf s'il s'agit de lutter contre le trafic illicite de stupéfiants, ou de commettre une infraction en se servant d'une identité d'emprunt. L'absence de toute norme d'impunité pour les délits non liés aux stupéfiants repose sur les motifs suivants:

- Les organisations criminelles exigent souvent de leurs membres qu'ils commettent des infractions déterminées avant de les admettre dans un cercle plus fermé de l'organisation. Cette «preuve de dévouement» est exigée, d'une part pour tester la fiabilité et la loyauté des nouveaux venus, d'autre part pour éviter que l'organisation soit infiltrée tout en permettant à celle-ci de s'assurer la fidélité de l'auteur de l'infraction. Dans l'hypothèse où, par exemple, l'impunité serait garantie aux agents infiltrés lorsqu'ils commettent des infractions contre le patrimoine, la «preuve de dévouement» exigée risquerait d'être une infraction violente. Pour cette raison et afin de ne pas accroître inutilement le recours à la violence, l'Allemagne n'a prévu aucun fait justificatif dans sa réglementation de l'investigation secrète (§ 110a ss, du code de procédure pénale allemand).
- Autoriser systématiquement des fonctionnaires à commettre des infractions ou à y participer s'avère problématique sous l'angle de l'Etat de droit, car des biens juridiques peuvent être lésés de manière irrémédiable (par opposition, la drogue acquise dans le cadre d'un marché fictif est détruite à l'instar des stupéfiants saisis et ne cause ainsi aucun préjudice à l'ordre juridique).
- L'absence d'un fait justificatif de portée générale n'exclut pas que d'autres motifs justificatifs ou que des clauses déclarant un acte non punissable puissent être appliqués (p. ex. art. 32 à 34 CP).

222 Commentaire des dispositions

222.1 Section 1: Champ d'application

222.11 Article premier

La présente loi s'applique en premier lieu à l'investigation secrète lorsqu'il s'agit de combattre le trafic illicite de stupéfiants. Dans ce cas, son champ d'application recouvre toutes les procédures pénales, qu'elles soient fédérales ou cantonales.

Dans la procédure pénale fédérale, elle s'applique en outre lorsqu'il s'agit d'élucider un crime relevant de la juridiction fédérale dont la gravité justifie l'investigation secrète. Dans le cas concret, il revient à l'autorité judiciaire d'apprécier si la gravité du crime justifie l'intervention d'un agent infiltré. Par contre, la «particularité du crime», qui figurait comme condition dans l'avant-projet, s'est révélée être un critère trop imprécis et difficile à appliquer. Ce critère a été précisé en indiquant qu'il est possible de recourir à l'investigation secrète s'il est suspecté que l'acte punissable a été commis par métier, en bande, à plusieurs reprises ou par une organisation criminelle.

Parmi les infractions qui relèvent de la juridiction fédérale, la prise d'une mesure d'investigation secrète devrait surtout entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de réprimer les cas graves d'espionnage (art. 272 à 274 CP) et les actes punissables au sens de l'article 33 de la loi du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (RO 1998 794) ou de la loi du 23 décembre sur l'énergie atomique 1959 (LEA; RS 732.0).

Les raisons ne permettant pas d'élargir le champ d'application de la loi à d'autres délits relevant de la juridiction cantonale sont expliquées en détail au chiffre 221.3.

222.2 Section 2: Dispositions générales

222.21 Article 2 Conditions

Cette section 2 règle la désignation de l'agent infiltré et la phase de préparation, durant laquelle l'agent infiltré reçoit la formation nécessaire à l'exécution de ses futures tâches et est chargé de s'installer, dans la mesure du possible sans contrainte de temps, dans le milieu des personnes à surveiller. Lorsque son intégration dans le milieu à infiltrer est achevée et entre chaque mission effectuée dans le cadre d'une procédure pénale particulière, l'agent infiltré se trouve en phase d'attente: il est à la disposition du commandement de la police qui l'a désigné. Cette distinction entre la phase d'intégration et d'attente et la phase durant laquelle il est chargé d'une intervention particulière constitue la principale innovation apportée au projet après la procédure de consultation. Elle permet de mieux différencier les tâches de nature purement policière des tâches de police judiciaire accomplies dans le cadre d'une procédure pénale déterminée. Elle garantit aussi que l'autorisation d'une investigation secrète pour élucider une infraction particulière ne sera demandée qu'au moment où l'agent infiltré est prêt à être engagé. La répartition en deux phases n'exclut cependant pas que la désignation d'un agent infiltré n'intervienne qu'après l'ouverture de la procédure pénale. Si cela devait être nécessaire, le commandement de la police veillerait à ce que la formation et les mesures de sécurité soient suffisantes pour empêcher tout risque inutile.

Cette disposition permet au commandant d'un corps de police chargé de tâches de police judiciaire de désigner une personne comme agent infiltré lorsqu'il s'agit d'élucider des actes punissables visés à l'article 1^{er}. Le consentement de l'agent est exigé car la particularité de la mission et les inconvénients qui peuvent en découler pour la vie privée de ce dernier impliquent la désignation de personnes volontaires, prêtes à assumer les risques liés à une telle fonction, mais appréciant aussi la liberté qui l'accompagne. Il revient aux commandants des corps de police de désigner les personnes susceptibles d'être chargées d'effectuer une investigation secrète. Au plan fédéral, si le besoin devait s'en faire sentir, il appartiendrait au chef de la police fédérale et au directeur de l'Office fédéral de la police de désigner les agents pressentis pour cette fonction.

Le projet prévoit que, outre des fonctionnaires de police, des personnes engagées à titre provisoire pour exercer une fonction de police peuvent également être désignées comme agents infiltrés. Cette possibilité n'était pas prévue explicitement dans l'avant-projet envoyé en consultation, mais elle n'était pas non plus formellement exclue. Plusieurs avis ayant demandé expressément que le recours à de telles personnes figure dans le projet de loi, nous avons clarifié la situation dans ce domaine en introduisant le 2^e alinéa, lettre b.

Il peut être recouru à des personnes sans formation policière lorsqu'il est nécessaire de disposer de connaissances particulières, notamment de connaissances scientifiques de haut niveau pour lutter p. ex. contre le recel d'œuvres d'art ou des crimes graves dans le domaine du trafic de matériel de guerre ou du transfert de technologies. Par contre, une personne appartenant à une organisation criminelle qui s'adresserait par repentir à la police en voulant contribuer à déceler les structures de

l'organisation ne pourrait pas être considérée comme un agent infiltré; l'article 260^{ter}, chiffre 2, CP s'applique dans un tel cas. Il ne pourrait pas non plus être question d'investigation secrète si le collaborateur d'une entreprise, p. ex. une grande banque, se déclarait disposé, à l'insu de son employeur, à fournir à la police des renseignements sur des transactions financières punissables; un tel informateur ne remplit pas la condition stipulant qu'un agent infiltré ne peut être subordonné qu'à la direction de la police. La compétence de diriger et de donner des instructions à l'agent infiltré doit être fixée à long terme, surtout sous la forme d'un contrat de travail. Un simple mandat ne suffit pas, car il pourrait en tout temps être dénoncé par les parties; par contre, rien ne s'oppose à ce que la personne exerce une fonction officielle à titre temporaire pour autant qu'elle soit engagée à cet effet dans le cadre d'un rapport de service régulier.

Toute personne désignée comme agent infiltré devra recevoir une formation complète. En outre, selon les cas, il faudra lui constituer une identité d'emprunt pour qu'elle puisse accomplir sa mission, ce qui peut impliquer l'engagement de ressources importantes. Cette raison permet également de conclure que les fonctionnaires de police sont les premiers candidats à une telle activité. Pourtant, l'obtention préalable du diplôme d'une école de police ne constitue pas une condition indispensable. La désignation comme agents infiltrés de fonctionnaires de police étrangers est également autorisée. Ces agents étrangers doivent toutefois relever d'une autorité suisse, plus précisément leur «contact» étranger doit être intégré dans la direction suisse de la procédure pénale.

222.22 Article 3 Identité d'emprunt et promesse de discrétion

Selon cette disposition, le commandement de la police qui les a désignés peut doter les agents infiltrés d'une identité d'emprunt modifiant leur vraie identité. Par une promesse de discrétion, il peut également leur garantir qu'il ne dévoilera pas leur vraie identité, même devant le tribunal. Sur demande, si l'agent infiltré se rend coupable d'infractions graves dans le cadre de sa mission, cette promesse de discrétion peut être révoquée par l'autorité qui a autorisé l'investigation secrète.

En pratique, les agents infiltrés sont régulièrement engagés au bénéfice d'une promesse de discrétion et d'une identité d'emprunt, dont la constitution nécessite de grands moyens logistiques et financiers. Il convient de souligner qu'une identité d'emprunt est requise dès le début d'une mission et pas seulement au moment où il s'agit d'organiser un marché fictif. La promesse de discrétion représente une sorte d'assurance vie pour les agents infiltrés qui, le plus souvent, n'acceptent une mission qu'à condition de bénéficier d'une telle garantie. La promesse de discrétion donne à l'agent infiltré l'assurance que sa véritable identité sera également tenue secrète lorsque sa mission aura pris fin et qu'elle ne sera ni dévoilée au cours de la procédure judiciaire, ni mentionnée dans les dossiers de procédure (art. 20, 1^{er} al.). Si une confrontation entre la personne inculpée et l'agent infiltré s'avère nécessaire, la promesse de discrétion peut en outre signifier que l'audition de ce dernier se déroule dans un local séparé, que l'agent infiltré soit autorisé à modifier son apparence et sa voix et que le huis clos soit prononcé durant les débats devant le tribunal (art. 20, 2^e et 4^e al.).

La révocation d'une promesse de discrétion est lourde de conséquences pour la personne concernée et peut exiger des investigations poussées. Une telle révocation

ne peut pas être prononcée si l'agent infiltré commet simplement une faute dans le cadre de sa mission ou ne se conforme pas aux instructions de ses supérieurs. Au contraire, elle n'intervient que si l'agent infiltré commet une infraction grave. Dans ce cas, la procédure pénale qui s'ensuit est dirigée contre l'agent infiltré sous sa véritable identité et non contre le porteur d'une identité d'emprunt. Les conditions sévères qui prévalent pour la révocation d'une promesse de discrétion ne signifient pas que les fautes moins graves ne sont pas sanctionnées. Les délits qui ne sont pas mentionnés à l'article 12 demeurent punissables en l'absence de tout autre motif justificatif découlant du CP. Dans ce cas, la condamnation, p. ex. à une amende en matière de circulation, est prononcée contre l'agent infiltré sous son identité d'emprunt. Il appartient dans ces cas à l'autorité qui a autorisé l'investigation secrète de décider si la procédure pénale doit être menée sous la vraie ou sous la fausse identité. En outre, en cas de comportement fautif, les agents infiltrés peuvent être démis complètement de leur fonction, ou leur intervention dans le cadre d'une procédure en cours peut être interrompue. Une mesure disciplinaire serait également envisageable, bien que l'exécution d'une procédure disciplinaire soit pratiquement exclue tant que la mission de l'agent se poursuit.

Il y a lieu d'examiner si une promesse de discrétion conserve sa validité lorsque la mission se déroule dans le cadre de plusieurs procédures cantonales distinctes. La validité de l'autorisation donnée conformément aux dispositions proposées dans le présent projet s'étend à l'ensemble de la Suisse pour les missions effectuées dans le domaine des stupéfiants. Dans les affaires qui ne relèvent pas du secteur des stupéfiants, il faut tenir compte du fait que tous les cantons ont adhéré au Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale. L'engagement d'agents infiltrés représente un acte de poursuite pénale que le canton responsable de la mission peut également mener dans d'autres cantons concordataires conformément à son propre droit de procédure; la promesse de discrétion conserve par conséquent sa validité. L'article 3, chiffre 2, du concordat précise que, lorsque des actes de procédure sont effectués dans un autre canton, l'autorité compétente de ce dernier doit en être préalablement informée, sauf en cas d'urgence; tel devrait être le cas lors de poursuites engagées contre des trafiquants de drogue. Dans la mesure où, de surcroît, la plupart des opérations de grande envergure conduites dans le secteur des stupéfiants concernent plusieurs cantons, ceux-ci sont également informés d'avance qu'une telle intervention a été ordonnée. Dans ces cas, l'office central pour la répression du commerce illicite de stupéfiants a lui aussi un rôle à jouer au niveau de la coordination. Conformément à l'article 259 PPF, il est habilité à ordonner lui-même des enquêtes. Ces fonctions de police judiciaire de la Confédération peuvent être exercées tant par des fonctionnaires de police de la Confédération que des cantons (art. 17, 2^e al., PPF).

222.23 Article 4 Autorisation d'un juge

Lorsqu'un fonctionnaire de police est désigné comme agent infiltré, l'autorisation d'un juge n'est nécessaire, selon l'article 4, *lettre a*, que si la fabrication et la modification de titres sont nécessaires pour élaborer et assurer une identité d'emprunt. En l'occurrence, il s'agit en premier lieu de l'établissement des «vrais faux» documents d'identité, mais une telle procédure peut également s'avérer nécessaire pour la fabrication d'autres types de documents, telles que des cartes de crédit.

L'avant-projet soumettait également l'obtention d'une promesse de discrétion à l'autorisation d'un juge. Nous y avons renoncé, car faire une telle promesse est avant tout un engagement pris par le commandant de la police envers la personne qu'il a désignée. A ce stade de la procédure, cet engagement ne concerne que les deux interlocuteurs et le corps de police auquel ils appartiennent. Par contre, au moment de l'intervention de l'agent dans une procédure pénale, cette promesse devra être confirmée par un juge afin que les mesures de protection nécessaires selon l'article 20 soient prises dans le cadre de cette procédure pénale. Juridiquement parlant, l'autorité chargée d'approuver cette promesse de discrétion dispose d'un pouvoir discrétionnaire total. Pratiquement, elle ne peut guère d'une part autoriser l'exécution d'une investigation secrète dans le cadre de cette procédure pénale (art. 13, 1^{er} al.) et d'autre part s'opposer aux mesures de protection, notamment à la promesse de discrétion durant et après la procédure judiciaire. Dans un tel cas, la police renoncerait à mettre à disposition un agent infiltré dans le cadre de cette procédure.

La désignation d'un agent engagé à titre provisoire pour exercer une fonction de police conformément à l'article 2, lettre b, constitue l'exception au principe formulé à la lettre a. Dans ce cas la désignation de l'agent doit être autorisée par une autorité judiciaire de manière à ce que celle-ci puisse s'assurer, sur la base du dossier, que l'agent pressenti dispose des qualités requises pour une telle mission. Le juge contrôlera également que l'engagement provisoire de l'agent infiltré se déroule bien dans le cadre d'un rapport de service ordinaire.

222.24 Article 5 Procédure d'autorisation

Dans sa motion, la Commission de gestion du Conseil national a non seulement exigé que des dispositions légales règlent l'investigation secrète, mais également que l'on examine si les conditions à remplir ainsi que les dispositions de procédure et d'exécution peuvent, par analogie, être reprises des règles en vigueur pour la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. En conséquence, les deux projets agencent des règles de procédure aussi semblables que possible pour ces deux formes d'investigation secrète.

Le 1^{er} alinéa, lettre a, mentionne les autorités compétentes pour autoriser les mesures ordonnées. Les décisions du chef de la police fédérale et du directeur de l'Office fédéral de la police portant sur la fabrication et la modification de titres lorsqu'il s'agit de constituer ou d'assurer une identité d'emprunt doivent être transmises pour autorisation au président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral. Il en va de même pour la désignation de personnes n'ayant pas de formation de policier. Le projet laisse aux cantons la liberté de choisir une solution adaptée à leur organisation judiciaire ou d'appliquer la réglementation actuellement en vigueur pour la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. Cette solution serait la plus simple (cf. la réglementation adoptée par le canton du Valais).

La décision du commandant de la police doit être dûment motivée et accompagnée des pièces nécessaires. Il peut s'agir du dossier personnel et, dans le cas de l'article 2, 2^e alinéa, lettre b, du contrat d'engagement du candidat; la motivation doit expliquer, dans le cas précis, pourquoi la constitution d'une identité d'emprunt est indispensable pour l'agent infiltré. Grâce à ces documents, la décision sera également examinée sous l'angle de la proportionnalité par l'autorité chargée de l'autoriser.

Ainsi, l'autorisation n'est pas réduite à la simple apposition d'une signature et d'un tampon officiel sur un formulaire, mais elle est le résultat d'une décision pertinente dans chaque cas d'espèce. Si l'autorisation est accordée sans condition, au sens de la demande, il est superflu de l'assortir de considérants circonstanciés. En revanche, l'autorisation doit être motivée si elle n'est accordée qu'à titre provisoire ou sous condition et si l'autorité qui doit la donner demande que le dossier soit complété ou que d'autres éclaircissements soient apportés.

222.25 Article 6 Droits et obligations

Par rapport à l'avant-projet, l'article 6 a été complété par un mandat, confié aux commandements de la police, consistant à garantir la meilleure protection possible aux agents infiltrés et à leurs proches. Ce principe marque la volonté du législateur de ne pas mettre en danger inutilement les personnes concernées. Il représentera l'étalon de référence lorsqu'il faudra apprécier l'opportunité de mesures de sécurité onéreuses.

L'obligation d'accomplir sa mission en se conformant aux instructions est un principe de base pour tout fonctionnaire de police. C'est surtout en tenant compte des personnes engagées à titre provisoire pour exercer une fonction de police que ce devoir est rappelé au 2^e alinéa. Les exigences relatives à l'obligation de faire rapport périodiquement et à la conservation des instructions et des rapports fixent le cadre minimum des règles pratiques que les agents doivent observer. Il va de soi que des règles plus précises seront définies par chaque commandement de la police et que celles-ci seront encore complétées par des instructions spéciales dans le cadre de chaque mission. L'objectif principal de cette disposition sur la consignation des instructions et des rapports est qu'un dossier complet de la mission puisse être tenu par le «contact» de l'agent infiltré. Pour des raisons de tactique policière, les pièces de ce dossier sont cependant conservées séparément du dossier de la procédure pour autant que certaines d'entre elles ne soient pas nécessaires à l'administration des preuves.

Le 3^e alinéa interdit aux agents infiltrés d'exercer une influence sur un tiers pour l'amener à commettre un acte punissable. Cette interdiction a une importance primordiale, car toute tentative d'inciter un tiers à commettre une infraction aurait des conséquences très défavorables lors de la procédure devant le tribunal. L'agent infiltré qui ne se tiendrait pas à cette règle mettrait en péril les résultats de son action. La réponse conséquente à un tel comportement est de mettre fin à la mission (cf. art. 9, 1^{er} al., let. c). Contrairement à l'article 16, qui concrétise les obligations de l'agent infiltré dans le domaine des marchés fictifs et probatoires de stupéfiants, l'article 6 s'étend à tout acte punissable qui pourrait être commis par une personne appartenant au milieu visé par l'enquête.

Les actes commis en dérogation des instructions du «contact» de l'agent infiltré lors d'une investigation secrète doivent être appréciés en premier lieu à la lumière du droit disciplinaire. Si un agent infiltré organise, par exemple, un marché fictif plus important que celui qui avait été autorisé, ou s'il ne respecte pas son obligation de faire rapport, il doit subir des sanctions disciplinaires. Cela n'exclut pourtant pas qu'une poursuite pénale puisse se révéler nécessaire.

Le 4^e alinéa prévoit que des règles spécifiques à l'investigation secrète doivent être édictées dans le domaine du droit du personnel, pour fixer notamment comment il

convient de dédommager les agents infiltrés pour les frais supplémentaires occasionnés par leur mission. Cela concerne surtout des dépenses permettant à l'agent d'adopter un comportement conforme au rôle à jouer dans le milieu dans lequel il doit s'introduire. Il peut s'agir de notes de frais (hôtel, restaurant, déplacements), de la location d'un appartement, de l'achat d'une voiture ou de vêtements. Chaque dépense doit néanmoins faire l'objet d'une pesée des intérêts et être si possible approuvée par le commandement de la police qui dirige l'agent.

222.26 Article 7 Suivi et instruction

La formation et le suivi d'un agent infiltré sont exclusivement des tâches de police. Même si un juge d'instruction est compétent pour ordonner l'intervention d'un agent infiltré dans une procédure pénale, cela ne signifie pas qu'il traitera lui-même directement avec l'agent pour prendre connaissance des constatations faites par ce dernier sur le terrain ou pour lui donner des instructions relatives à la poursuite de la procédure. Chaque agent infiltré doit être suivi par un fonctionnaire de police désigné par le commandement de la police comme «contact» de l'agent infiltré. Pour des raisons de sécurité et de tactique policière, seul ce «contact» est en relation directe avec l'agent infiltré. Cette mesure est indispensable pour garantir le caractère secret de l'investigation: un agent qui aurait des rencontres fréquentes avec les enquêteurs ne manquerait pas d'être rapidement démasqué. Le «contact» de l'agent infiltré est notamment chargé des tâches suivantes:

- il dirige et encadre l'agent infiltré tout au long de sa mission et il effectue régulièrement une appréciation des risques
- il fixe les rencontres directes avec l'agent infiltré et en assure la sécurité
- il recueille les informations récoltées par l'agent infiltré
- le cas échéant, il transcrit les rapports oraux de l'agent infiltré et les verse au dossier
- il informe les autres personnes chargées de la procédure pénale et assure la coordination avec ces dernières
- il transmet à l'agent infiltré les instructions et les consignes des personnes qui dirigent la procédure pénale.

L'agent infiltré doit être préalablement instruit sur sa mission, sur ses attributions et sur la manière d'utiliser son identité d'emprunt; le succès d'une investigation secrète dépend dans la même mesure, d'une part de cette instruction préliminaire, d'autre part des rapports périodiques, de la transmission rapide d'instructions et de l'encadrement de l'agent durant sa mission.

222.27 Article 8 Utilisation des constatations

Si les rapports de l'agent infiltré font état de constatations mettant en évidence un crime ou un délit, le «contact» de l'agent infiltré doit transmettre ces informations au commandement de la police. L'article 8 charge ce dernier de dénoncer le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente. Par opposition à la surveillance téléphonique, où les constatations fortuites (découverte d'infractions qui ne figuraient pas sur l'ordre de surveillance) ne peuvent être utilisées que si la gravité de l'infraction justifie également une surveillance téléphonique, nous ne prévoyons pas une telle restriction pour les informations recueillies par des agents infiltrés. A ce stade,

l'investigation secrète se situe qualitativement encore très près de l'intervention d'investigateurs en civil ou de l'observation, engagements durant lesquels les fonctionnaires de police sont tenus, comme cela est explicitement stipulé dans la plupart des législations cantonales, de dénoncer toutes les infractions constatées durant leur service (cf. aussi art. 18). A ce stade, il ne se justifierait guère de prévoir des obligations différentes pour les investigations ouvertes et secrètes.

222.28 Article 9 Fin de la mission

Cette disposition définit les circonstances générales qui peuvent conduire à mettre fin à la mission d'une personne désignée pour exercer la fonction d'agent infiltré. Elle se distingue de l'article 15, qui définit les motifs menant à la fin d'une investigation secrète dans le cadre d'une procédure pénale déterminée. Dans le premier cas (art. 9), l'agent infiltré est relevé totalement de sa fonction, dans le second (art. 15) la mission particulière est suspendue, mais l'agent infiltré reste à la disposition du commandement de la police pour d'autres investigations secrètes. Selon l'article 9, trois motifs principaux peuvent conduire le commandement de la police à mettre fin à la mission d'une personne désignée pour exercer la fonction d'agent infiltré:

- aucune intervention dans le cadre d'une procédure pénale n'est prévisible dans un délai raisonnable pour l'agent en question
- les risques de la mission ou l'effort consenti sont disproportionnés par rapport au résultat attendu
- l'agent infiltré ne se tient pas aux instructions de son «contact», induit sciemment en erreur ce dernier ou, d'une quelconque manière, ne respecte pas ses obligations.

Le premier motif est la conséquence d'une évaluation des risques indiquant une diminution du danger dans un domaine particulier. Dans le domaine de l'investigation secrète, les agents infiltrés sont aussi les spécialistes d'un milieu déterminé. Une personne chargée d'élucider des affaires de trafic d'armes ne peut vraisemblablement pas du jour au lendemain être engagée dans le domaine de la lutte contre la trafic illicite de stupéfiants. Le second motif est lié à l'analyse des risques effectuée dans un cas concret. Il permet au commandement de la police d'interrompre l'investigation secrète en raison d'un danger concret même si l'autorité judiciaire qui mène la procédure souhaite sa poursuite; cela est la conséquence du fait que la police demeure responsable de la conduite opérationnelle d'une investigation secrète. Le troisième motif a trait au non respect des instructions par l'agent infiltré qui, par son comportement, rend sa mission inefficace et dangereuse. Les trois motifs énoncés au 1^{er} alinéa obligent les commandements de la police à mettre fin à la mission; cela n'empêche pas que la mission puisse être suspendue pour d'autres raisons, p. ex. lorsque l'agent infiltré est dépassé par sa tâche ou est malade.

Les 2^e et 3^e alinéas énoncent dans ses grandes lignes la manière de mettre fin à une mission afin d'assurer la plus grande sécurité possible à l'agent infiltré. Le comportement de celui-ci, qu'il soit lui-même responsable de la fin de sa mission ou non, ne doit avoir aucune influence quant aux mesures à prendre: la mission prend fin conformément aux directives données par le «contact» de l'agent infiltré. La fin de la mission doit être agencée de manière à n'exposer ni l'agent infiltré, ni d'autres tiers impliqués dans l'enquête à des dangers inutiles. Cela peut signifier que bien que sa mission soit terminée, l'agent infiltré doive demeurer un certain temps dans le milieu

dans lequel il s'est introduit. Pour cette raison, les titres ayant permis d'attester une identité d'emprunt ne sont pas immédiatement retirés; mais ils ne sont mis en lieu sûr que lorsque l'identité d'emprunt n'est plus nécessaire.

Le 3^e *alinéa* permet si nécessaire d'aider non seulement un agent infiltré, mais également des tiers en proie à des difficultés en raison de la conclusion de l'investigation secrète. Par tiers impliqué dans l'enquête, on entend une tierce personne qui, sans avoir été formellement désignée comme agent infiltré, a néanmoins participé indirectement à l'enquête avec l'accord du «contact» de l'agent infiltré; il pourrait p. ex. s'agir d'un collègue de travail ou d'une personne gravitant dans l'entourage du milieu infiltré par l'agent. Par contre, un soutien ne pourrait être accordé ni à un tiers dont la «participation» à l'enquête n'a jamais été mentionnée dans les rapports fournis par l'agent infiltré, ni à une personne ayant elle-même commis une infraction et espérant une réduction de peine en échange de sa «collaboration» avec l'agent infiltré. L'article 260^{ter}, chiffre 2, CP, qui prévoit une réduction de peine par le juge mais ne prévoit pas que la police puisse renoncer à entreprendre la poursuite pénale, s'applique à ce type de personne. L'aide prévue au 3^e *alinéa* peut consister en un soutien matériel, social ou psychologique dans les limites des prérogatives du commandement de la police compétent.

222.3 Section 3: Intervention dans le cadre d'une procédure pénale

222.31 Article 10 Autorité ordonnant l'intervention

Les articles 10 à 16 traitent de l'intervention de l'agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale, c'est-à-dire de la seconde phase ou de la phase active de sa mission.

En tant que norme de compétence, l'article 10 énonce les autorités habilitées à ordonner l'intervention d'agents infiltrés dans le cadre d'une procédure pénale. Pour la poursuite d'une infraction grave à la loi sur les stupéfiants, une telle compétence appartient en premier lieu aux autorités cantonales de poursuite pénale (p. ex. juges d'instruction ou procureurs). Au niveau fédéral, une telle compétence revient au procureur général de la Confédération s'il a ordonné une enquête en vertu de l'article 259 PPF. En outre, le procureur général de la Confédération et les juges d'instruction fédéraux peuvent également ordonner l'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale pour élucider un crime relevant de la juridiction fédérale.

L'accord du commandement de la police qui l'a désigné et qui le suit lors de sa mission est nécessaire pour charger un agent infiltré d'intervenir dans le cadre d'une procédure pénale. A l'occasion de la procédure de consultation, certains avis avaient souhaité réserver aux commandements de la police la compétence d'ordonner une mission. Ils estimaient que seuls ces derniers savent de quels agents ils disposent et à quel moment. Nous avons partiellement tenu compte de cette remarque en associant les commandements de la police à la prise de la décision. Il ne sert en effet à rien qu'un juge d'instruction ordonne une investigation secrète si aucun agent compétent ne peut être chargé d'intervenir dans le cas concret. Comme elle doit l'ordonner, l'autorité d'instruction pénale partage les responsabilités de l'investigation secrète; c'est notamment à elle qu'il appartient d'en demander l'autorisation conformément à l'article 13.

La motion sur la surveillance téléphonique déposée par la Commission de gestion du Conseil national (cf. ci-dessus ch. 132) demandait notamment que l'on examine si les mêmes conditions que pour la surveillance téléphonique peuvent être édictées pour l'investigation secrète. L'article 11, en relation avec l'article 1^{er}, tient compte de cette demande.

Le 1^{er} alinéa définit le caractère subsidiaire de l'investigation secrète: elle ne peut être ordonnée que si d'autres moyens d'enquête risquent de ne pas être couronnés de succès ou de s'avérer excessivement difficiles à mener.

Le 2^e alinéa énonce deux conditions qui doivent être remplies de façon cumulative pour que l'agent infiltré soit habilité à effectuer une investigation secrète en vue de combattre le trafic illicite de stupéfiants. Il est d'une part nécessaire que des faits confirment le soupçon selon lequel il s'agit d'un acte punissable au sens de l'article 19, 2^e alinéa, LStup, et d'autre part que cette infraction soit en corrélation avec le crime organisé ou que, d'une autre manière, elle présente un degré de gravité particulier. Dans sa jurisprudence relative à cet article de la LStup, le Tribunal fédéral a précisé la notion de cas grave²⁷. Dans la pratique, l'investigation secrète n'est en général ordonnée que pour des marchés fictifs de l'ordre du kilogramme; nous renonçons pourtant à fixer dans la loi une limite minimum de poids.

Le 3^e alinéa précise à quelles conditions des agents infiltrés désignés en vertu d'un droit cantonal ou étranger peuvent intervenir dans une procédure pénale. Ils doivent être membres d'un corps de police cantonal ou étranger ou avoir été désignés à titre provisoire par un tel corps pour exercer une fonction de police, et ils doivent poursuivre les infractions tombant dans le champ d'application du présent projet de loi. Lorsqu'ils interviennent dans une procédure pénale de la Confédération ou d'un canton, ils continuent à être suivis par le «contact» qui les a dirigés jusque-là. Ils doivent respecter les instructions de l'autorité chargée de la procédure pénale; celles-ci leur sont transmises par leur «contact», comme pour un agent infiltré désigné par le commandement de la police auquel il appartient. Cela signifie concrètement que le «contact» étranger collabore avec les autorités suisses de poursuite pénale et assure la coordination avec l'agent infiltré. L'intervention d'agents infiltrés étrangers n'est autorisée que dans le cadre d'une procédure pénale afin de garantir que les agents infiltrés étrangers actifs en Suisse n'agissent que sous le contrôle d'une autorité suisse et ne puissent pas exécuter des actes relevant des pouvoirs publics sans y être autorisés (art. 271 CP).

Le 3^e alinéa ne fait pas seulement allusion au droit étranger, mais également au droit cantonal, car les cantons ne sont pas obligés de reprendre les conditions fixées par le présent projet de loi. Ils peuvent p. ex. renoncer à soumettre l'intervention d'un agent infiltré à l'autorisation d'un juge. L'autorisation d'un juge prévue à l'article 13 garantit que dans chaque procédure pénale soumise au présent projet de loi les conditions régissant la désignation et l'intervention d'agents infiltrés soient remplies.

²⁷ Cf. p. ex. ATF 122 IV 362 s., 119 IV 180 ss (avec de nombreux renvois). Selon cette jurisprudence, en cas de mélange à base d'héroïne ou de cocaïne, il convient de considérer qu'il y a cas grave si le mélange contient au moins 12 g d'héroïne pure ou 18 g de cocaïne pure.

Le flagrant délit constitue la meilleure preuve pour obtenir la condamnation de trafiquants en matière de stupéfiants. Aussi la préparation de marchés fictifs constitue-t-elle l'activité principale des agents infiltrés chargés d'intervenir pour combattre le trafic illicite de stupéfiants. Afin d'adopter un comportement adapté à sa mission, l'agent infiltré peut être appelé à commettre des délits punissables d'après les articles 19 et 20 à 22 LStup. Il se peut que la préparation d'un marché fictif implique que l'agent infiltré accepte une offre de stupéfiants portant sur l'achat d'un échantillon en vue de vérifier la qualité de la marchandise proposée par le trafiquant. Par contre, comme les agents infiltrés ne gravitent pas dans l'entourage des consommateurs de stupéfiants en accomplissant leur mission, il n'est pas prévu qu'ils soient autorisés à commettre impunément les délits prévus aux articles 19a à 19c LStup.

L'article 12 prévoit l'impunité des agents infiltrés pour autant que leur intervention se déroule conformément à leur mission. Cette disposition ne s'applique que lorsque les instructions du «contact» sont respectées. Cela ne signifie pourtant pas nécessairement que le «contact» doit préalablement autoriser toute transgression de la loi sur les stupéfiants, mais cela implique au moins que, si son «contact» lui a clairement ordonné de s'abstenir de commettre une telle infraction à ce stade de la procédure pénale, l'agent infiltré n'est plus couvert par l'impunité.

Si l'investigation secrète est ordonnée dans un domaine n'ayant aucun rapport avec le commerce illicite de stupéfiants (p. ex. en matière de contre-espionnage, de lutte contre le trafic de matériel de guerre ou d'infraction à la loi sur l'énergie atomique), il n'est pas prévu que l'agent infiltré puisse commettre des délits. Nous avons renoncé à créer un fait justificatif pour les délits mentionnés ci-dessus pour les raisons suivantes: dans ces domaines, lorsque des marchés fictifs sont en préparation, il manque toujours au moins un élément constitutif de l'infraction, car l'investigateur n'a pas l'intention de transférer ou de faire le courtage du matériel de guerre. Ainsi, à la différence du secteur des stupéfiants dans lequel la punissabilité intervient très tôt, les affaires synallagmatiques illégales visées à l'article 1er, 2e alinéa, ne requièrent pas de motif justificatif.

Lorsque les mesures de protection prévues à l'article 20 sont appliquées dans le cadre de la procédure devant le tribunal, cela a une incidence sur la manière dont le président du tribunal doit mener la procédure et sur les droits de la défense. Il est donc indispensable que la promesse de discrétion, qui a été faite à l'agent infiltré par le commandant de la police qui l'a désigné, soit tout d'abord confirmée par les autorités chargées de mener la poursuite pénale dans laquelle l'agent doit intervenir, et soit ensuite autorisée par un juge. Fort de cette confirmation de la promesse de discrétion, l'agent infiltré a la certitude qu'il pourra comparaître comme témoin sans que son identité soit dévoilée et qu'il bénéficiera devant le tribunal de toutes les mesures de protection nécessaires la garantie de sa sécurité. Le fait de demander à un juge d'approuver la promesse de discrétion avant l'intervention de l'agent dans une procédure pénale permet de diminuer le nombre de cas où, lors du procès, la défense cherche à s'opposer à l'application des mesures destinées à protéger l'agent infiltré.

Comme indiqué à l'article 5, la réglementation de la procédure d'autorisation est reprise de la procédure en vigueur pour la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. Contrairement à l'article 5, l'article 14 contient également un délai pour la transmission de la décision ordonnant l'investigation secrète et pour l'autorisation de cette décision. Comme pour la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications, l'intervention de l'agent infiltré peut débiter immédiatement après qu'elle a été ordonnée. Si le législateur permet qu'une investigation secrète puisse être exécutée avant qu'elle ne soit formellement autorisée, il est nécessaire de fixer la manière de procéder au cas où l'investigation secrète serait refusée par l'autorité chargée de l'autoriser. Dans un tel cas, l'autorité qui a ordonné l'investigation secrète doit retirer immédiatement du dossier tous les documents relatifs à cette investigation (3^e *al.*). En outre, les informations qui auraient été recueillies lors de l'investigation secrète ne peuvent être utilisées ni dans le cadre d'autres procédures, ni au détriment d'un accusé.

Cette réglementation tient compte de plusieurs remarques formulées à l'occasion de la procédure de consultation: la violation des consignes et le fait d'induire en erreur les autorités de poursuite pénale ne devraient constituer qu'un motif facultatif d'interruption, car, dans certains cas, la mission ne peut pas être interrompue immédiatement sans mettre en danger l'agent lui-même. Ce souhait peut être satisfait car les modalités de l'article 9, 2^e et 3^e alinéas, relatives à la manière de mettre fin à une mission laissent tout loisir au commandement de la police de prendre les mesures nécessaires de manière à ne pas exposer l'agent infiltré à un danger inutile. Il n'est en effet pas exigé que les agents infiltrés soient immédiatement rappelés, mais uniquement qu'ils s'abstiennent de tout acte d'investigation envers le suspect. L'essentiel est qu'aucune information recueillie après la fin de l'investigation secrète ne puisse être versée dans le dossier de procédure.

Il va de soi que, lorsque les conditions nécessaires à l'intervention ne sont plus données, il faut mettre fin à l'investigation secrète. L'autorité qui a ordonné l'investigation secrète dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer cela. La fin de la mission conformément à l'article 15 ne signifie pas pour autant que l'agent infiltré va se voir retirer sa fonction. Ce n'est que si une violation des devoirs de fonction est à l'origine de la fin de l'investigation secrète que le commandement de la police compétent doit examiner s'il y a lieu de mettre fin définitivement à la mission conformément à l'article 9, 1^{er} alinéa, lettre c.

L'autorité qui a ordonné l'investigation secrète communique immédiatement sa suspension ou sa clôture réglementaire à l'autorité qui l'a autorisée afin que celle-ci puisse avoir une vue d'ensemble sur les investigations secrètes menées dans son domaine de compétence.

222.37 **Article 16 Droits et obligations**

L'article 16 complète les droits et obligations fixés à l'article 6 par ceux qui s'appliquent lors d'une intervention dans le cadre d'une procédure. Il définit l'ampleur admissible de l'intervention des agents infiltrés auprès de suspects. L'intervention des agents infiltrés doit se limiter à la concrétisation d'une infraction que la personne concernée a déjà résolu de commettre. Cela ne signifie pas pour autant que le comportement de l'agent infiltré doit être exclusivement passif. Celui-ci peut par exemple procéder à l'achat d'un échantillon, au versement d'un acompte sur une future livraison ou exhiber une somme d'argent afin de prouver sa solvabilité. La conformité du comportement adopté par l'agent infiltré avec le rôle qu'il est appelé à jouer est incluse dans les conditions énoncées au *1^{er} alinéa*; il faut toutefois que la personne concernée ait déjà décidé de passer à l'acte et que sa détermination n'ait pas été provoquée par l'agent infiltré. Il serait également inadmissible d'inciter la personne concernée à conclure un marché portant sur une quantité de drogue considérablement plus grande que celle qui était initialement prévue.

Si l'agent infiltré dépasse les limites de l'intervention autorisée, le projet n'en règle pas les conséquences. L'avant-projet prévoyait que, dans le cas où un agent infiltré outrepasserait de son propre chef les limites de l'intervention admissible, les constatations faites de cette manière ne pourraient pas être utilisées comme moyens de preuve à la charge de l'inculpé, mais uniquement à sa décharge. Cette interdiction d'utiliser les preuves n'a pas connu un accueil favorable à l'occasion de la procédure de consultation car, l'application du principe du «Fruit of the poisonous tree» est inconnue en droit suisse. Cette question étant laissée sans réponse dans le projet actuel, il faudra décider en fonction du code de procédure pénale applicable si de tels moyens de preuve sont admissibles et quelle est leur influence sur la détermination de la culpabilité et la fixation de la peine.

222.38 **Article 17 Montants nécessaires à la conclusion d'un marché fictif**

Pour que l'agent infiltré puisse exhiber la somme d'argent que présuppose la conclusion d'un marché fictif, il faut que les moyens nécessaires soient disponibles. Aujourd'hui, la Banque nationale met déjà des montants considérables à la disposition des cantons, mais la responsabilité en cas de perte n'a jamais été clarifiée. Ce problème a été soulevé à plusieurs reprises par le Contrôle fédéral des finances.

Le présent projet crée une base légale claire permettant à la Confédération de fournir aux commandements de la police des montants réservés à ce genre d'opération. Le *1^{er} alinéa* autorise la Banque nationale à mettre à disposition les montants nécessaires à la conclusion d'un marché fictif, sous la forme et dans la quantité désirée, lorsque le commandement de la police responsable de la mission en fait la demande. Les cantons, qui ne peuvent pas s'adresser directement à la Banque nationale, doivent présenter leur demande aux offices centraux de l'Office fédéral de la police. La requête doit être accompagnée d'une brève description de l'affaire, de manière à permettre d'en apprécier la pertinence.

Dans ce contexte, une instruction appropriée des agents infiltrés est le meilleur moyen d'éviter les risques d'abus ou de pertes inutiles. Conformément au *2^e alinéa*, le commandement de la police responsable est tenu de prendre les mesures de sécu-

rité nécessaires. La réglementation des conditions de responsabilité en cas de perte s'inspire de la solution adoptée dans la loi sur la responsabilité de la Confédération. Elle tient compte du risque inhérent à ce type d'opération dans la mesure où la responsabilité est engagée à la suite de pertes dues non pas à une simple négligence, mais bien à un comportement intentionnel ou à une négligence grave. Le droit récur-soire des autorités publiques garantes des pertes contre la personne dont la responsa-bilité personnelle est engagée se règle d'après le droit de procédure applicable. Si les montants nécessaires à la conclusion d'un marché fictif sont perdus sans qu'une faute quelconque incombe à l'agent infiltré, la situation juridique est similaire au cas où, p. ex. lors d'un enlèvement, les coupures d'une rançon sont préparées de manière à être impropres à toute opération financière.

222.39 Article 18 Constatations fortuites

L'article 18 réglemente de façon très générale l'exploitation des constatations for-tuites. Lorsqu'un agent infiltré découvre dans le cadre de l'exécution ordinaire de sa mission d'autres actes punissables que ceux figurant dans son mandat, il doit en faire part à son «contact», qui rapporte lui-même les faits au commandement de la police. Cette norme rappelle l'obligation incombant à tout fonctionnaire de police de dé-noncer les infractions dont il a connaissance au cours de son activité professionnelle. Il incombe au commandement de la police d'informer les autorités de poursuite pénale compétentes, soit par une dénonciation, soit par une annonce dans le cadre d'une procédure pénale en cours. Le commandement de la police propose également, si nécessaire, de retenir ces informations de façon à éviter que l'agent infiltré ne soit mis en danger par l'action d'autres organes d'instruction. Par rapport à l'avant-projet, nous avons sciemment renoncé à préciser les conditions requises pour l'exploitation des découvertes fortuites et à prévoir une procédure d'autorisation à cet effet. Une telle démarche pourrait conduire à un surcroît de travail notable pour les autorités chargées d'autoriser les mesures d'investigation secrète car, p. ex. dans le domaine de la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants, lors de la préparation d'un marché fictif, l'agent infiltré prend connaissance d'autres actes punissables que ceux qui figurent dans son mandat. Il n'y a aucune raison de ne pas exploiter ces découvertes. A cet égard, on songera non seulement à des infractions à la loi sur les stupéfiants, mais aussi à des actes punissables en vertu du code pénal.

222.4 Section 4: Procédure devant le Tribunal

222.41 Article 19 Communication

Dans sa jurisprudence actuelle, le Tribunal fédéral considère qu'il est nécessaire de communiquer postérieurement à l'inculpé qu'il a fait l'objet d'un marché fictif dans le cadre d'une investigation secrète dans la mesure où, selon les circonstances, cela peut lui valoir une réduction de peine. Le *1^{er} alinéa* prescrit donc l'obligation de communiquer à l'accusé qu'il a été l'objet d'une investigation secrète, de façon à lui permettre de sauvegarder ses droits et, le cas échéant, de présenter une offre de preuve.

Le *2^e alinéa* mentionne deux possibilités de déroger à cette règle moyennant l'accord de l'autorité qui a autorisé l'investigation secrète. Tout d'abord, il est possi-ble de renoncer à la communication si la procédure est classée; ensuite, on peut

également y renoncer si la communication risque d'entraîner un préjudice important pour une autre procédure pénale, pour un agent infiltré ou pour un tiers.

222.42 Article 20 Mesures de protection

Comme nous l'avons déjà souligné dans le commentaire de l'article 3, les fonctionnaires de police ne sont généralement prêts à accepter une mission en qualité d'agents infiltrés que s'ils bénéficient d'une promesse de discrétion. Le *1^{er} alinéa* garantit que l'identité des agents infiltrés sera tenue secrète même après la fin de leur mission et qu'elle ne sera ni divulguée durant la procédure, ni mentionnée dans le dossier.

Si l'on veut garantir suffisamment les droits des parties conformément à l'article 6, chiffre 3, lettre d, CEDH, il n'est pas toujours possible d'éviter une confrontation entre l'accusé et l'agent infiltré. Cette confrontation pouvant avoir lieu devant le tribunal ou durant l'instruction, le *2^e alinéa* précise que l'autorité qui dirige la procédure est habilitée à prendre des mesures pour assurer le respect de la promesse de discrétion. Elle peut autoriser que l'agent infiltré modifie son apparence et sa voix ou que les deux personnes soient placées dans des locaux séparés. Si la confrontation doit se dérouler dans des locaux séparés, des moyens adéquats doivent garantir la transmission des images et du son.

Si un interrogatoire dans des locaux séparés se révèle nécessaire, un officier de police dont le nom est connu doit attester que l'agent infiltré est bien la même personne que la personne interrogée et expliquer la crédibilité de ses déclarations. En pratique, l'officier appelé à attester sera l'un des supérieurs ou le «contact» de l'agent infiltré.

Pour les débats devant le tribunal, le projet de loi prévoit que l'interrogatoire de l'agent infiltré peut se dérouler à huis clos s'il y a lieu de craindre que, en dépit des mesures de protection, des personnes présentes à l'audience reconnaissent l'agent infiltré (cf. à ce sujet ATF 121 I 310 E.2).

222.5 Section 5: Dispositions finales

222.51 Article 21 Modification du droit en vigueur

Pratiquement lors de chaque investigation secrète, les agents infiltrés sont tenus de prendre une identité d'emprunt qui doit être susceptible de résister aux vérifications que pourraient par exemple entreprendre des organisations criminelles. A cet effet, il faut confectionner de «vrais faux» papiers, un acte qui réunit les éléments constitutifs du faux dans les certificats. Ces papiers sont ensuite utilisés, ce qui est également punissable.

- L'article 317^{bis} CP est destiné à créer le motif justificatif consacrant l'impunité de la fabrication et de l'utilisation des papiers de légitimation nécessaires à l'identité d'emprunt; ce motif justificatif s'applique également lorsqu'un canton met en oeuvre une investigation secrète en s'appuyant sur sa propre procédure pénale. Comme il appartient à une autorité judiciaire de se prononcer sur la présence d'un motif justificatif de droit pénal, nous avons répété la nécessité de faire autoriser le recours à un tel motif justificatif.

Selon le 2^e alinéa, l'impunité ne s'étend pas qu'aux fonctionnaires ayant la compétence de confectionner des documents officiels, p. ex. au service des passeports, mais également aux agents infiltrés eux-mêmes, lorsqu'ils confectionnent des titres, par exemple en commandant une carte de crédit ou en signant un contrat de location sous leur identité d'emprunt.

La mention des articles 251 CP (faux dans les titres), 252 CP (faux dans les certificats) et 317 CP (faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques) suffit. A notre avis, il n'est pas nécessaire de mentionner également les articles 253 CP (obtention frauduleuse d'une constatation fausse) et 255 CP (titres étrangers).

- L'article 23, 2^e alinéa, LStup, qui était jusqu'à présent la seule norme ayant trait à l'investigation secrète, énonce le fait justificatif de droit pénal: le fonctionnaire qui, à des fins d'enquête, accepte une offre de stupéfiants n'est pas punissable même s'il ne dévoile pas son identité et sa fonction. L'avant-projet proposait de biffer cette disposition et ne garantissait l'impunité qu'aux fonctionnaires de police désignés comme agents infiltrés. Plusieurs avis s'y sont opposés, arguant que les fonctionnaires de police qui ne sont pas en mission en tant qu'agents infiltrés (p. ex. patrouilles civiles) devraient conserver le droit d'accepter les stupéfiants qui leur sont proposés pour les besoins de l'enquête. Ces arguments sont convaincants; aussi la disposition a-t-elle été maintenue, avec la précision qu'il doit s'agir de fonctionnaires de police chargés de combattre le trafic illicite de stupéfiants. Il n'est pas prévu de permettre aux fonctionnaires de police chargés d'autres tâches de s'adonner au trafic de stupéfiants; s'ils le font, ils peuvent même être exposés à une aggravation de la sanction selon l'article 23, 1^{er} alinéa, LStup.

222.52 Article 22 Dispositions transitoires

Les dispositions transitoires traitent d'une part de la manière dont les investigations secrètes en cours seront poursuivies après l'introduction de la loi, d'autre part de la désignation des autorités cantonales compétentes. Si, avant l'entrée en vigueur de la loi, un agent infiltré a reçu une promesse de discrétion et l'assurance que des mesures de protection seront prises devant le tribunal, ces promesses doivent avoir été autorisées par un juge ou devront l'être pour demeurer valables. L'exigence de cette autorisation postérieure semble appropriée.

Une investigation secrète autorisée par un juge au cours d'une procédure en cours peut être menée à terme selon le droit de procédure qui s'applique. Cette disposition vise surtout à garantir la poursuite d'investigations secrètes ordonnées par des organes cantonaux afin de combattre le trafic illicite de stupéfiants.

Le 3^e alinéa définit les compétences jusqu'à l'entrée en vigueur de dispositions cantonales édictées après un quelconque réexamen de l'organisation judiciaire. Comme les conditions et la procédure de l'investigation secrète sont réglées de manière largement analogue à celles de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications, nous renvoyons à ces compétences qui ont été fixées par chaque canton. Cela n'empêche p. ex. pas qu'un canton confie à son commandement de la police des attributions plus larges que le présent projet de loi.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

31 Généralités

Les répercussions des deux projets de lois sur les finances et l'effectif du personnel sont insignifiantes. Pour pallier le besoin de coordination engendré par la libéralisation des domaines de la poste et des télécommunications, le Conseil fédéral a créé, en édictant l'ordonnance du 1^{er} décembre 1997 (RO 1997 3022), un service exploité par la Confédération qui est chargé de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. En substance, les tâches remplies jusqu'ici par l'Entreprise des PTT ont été attribuées à ce service depuis le 1^{er} janvier 1998. Comme ce service n'aura pas de tâches supplémentaires après l'entrée en vigueur de la loi sur la surveillance de la poste et des télécommunications, on peut prévoir que les charges seront les mêmes qu'aujourd'hui. Seule l'autorisation des surveillances de la correspondance postale et des télécommunications pourrait engendrer une certaine charge administrative supplémentaire en raison des dispositions procédurales plus sévères.

Les investigations secrètes entraînent elles aussi des coûts élevés, qui sont supportés par les autorités qui ordonnent la mesure et sont si possible imputés à la procédure pénale concernée. Ce n'est que si le nombre de ce type d'interventions augmentait considérablement qu'il en résulterait des conséquences financières et des effets sur l'effectif du personnel. Un tel accroissement ne serait toutefois pas dû à la nouvelle réglementation, mais par exemple à l'augmentation de la criminalité et des coûts qu'implique la répression de cette dernière, ou à une décision politique portant sur le renforcement de la lutte contre le trafic illicite des stupéfiants.

32 Conséquences pour la Confédération

Les coûts de la surveillance des télécommunications se sont élevés en 1995 à environ 9 millions de francs pour Télécom PTT. Ce chiffre contient les frais de personnel, l'amortissement des investissements et les intérêts. De leur côté, les recettes se sont élevées à environ 4,5 millions de francs. Les comptes des PTT ont supporté jusqu'à la fin de 1997 le montant restant de 4 à 5 millions de francs par année. Dès 1998, cette tâche sera exécutée par le service chargé de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications qui est exploité par la Confédération. Les dépenses du service devront être financées par des émoluments couvrant les frais occasionnés. L'ordonnance relative au service fixe un délai transitoire de trois ans pour atteindre la couverture complète des frais. La charge financière supplémentaire de la Confédération est limitée à la durée de cette période transitoire.

Comme indiqué ci-dessus, les investigations secrètes coûtent cher. Pourtant, le projet de loi fédérale sur l'investigation secrète n'a pratiquement aucune incidence sur les finances et sur l'effectif du personnel. Les agents infiltrés sont en général recrutés parmi le personnel de la police, ce qui n'a aucune influence sur l'effectif total. Il est difficile de chiffrer les frais occasionnés par l'obligation faite aux agents infiltrés d'adopter durant leur mission un comportement approprié à leur rôle. Ces frais figurent déjà au budget de l'OPF et de la police fédérale.

Les coûts de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications, qui sont supportés par les autorités de poursuite pénale, vont quelque peu augmenter, car le Conseil fédéral a décidé de fixer des émoluments couvrant les frais. La cause de cette augmentation ne réside pas dans la nouvelle loi, mais plutôt dans la libéralisation de la poste et des télécommunications.

Pour les cantons, le projet de loi fédérale sur l'investigation secrète ne devrait avoir pratiquement aucune incidence sur les finances et sur l'effectif du personnel.

4

Programme de la législature

Les présentes lois sont mentionnées dans le rapport sur le Programme de la législature 1995–1999 en tant qu'élément de l'objet R40 (FF 1996 II 289 ss).

5

Relation avec le droit européen

Les surveillances de la correspondance postale et des télécommunications ainsi que l'investigation secrète constituent sans aucun doute une atteinte grave à la liberté personnelle ou à la sphère privée et doivent par conséquent disposer d'une base légale. Pour une telle atteinte, l'article 8 CEDH exige une base légale formelle, une réglementation détaillée de la procédure et une désignation précise des instances autorisées à ordonner la mesure. Le présent projet satisfait à ces exigences en matière de base légale.

6

Bases juridiques

61

Constitutionnalité

Conformément à l'article 36, 1^{er} alinéa, cst., la Confédération a l'entière et exclusive compétence législative dans le domaine des postes et des télécommunications. Cette compétence constitue en fait un mandat qui oblige la Confédération à légiférer en la matière (cf. M. Lendi dans: Le commentaire de la Constitution fédérale, art. 36, ch. 2). Le secret postal et le secret des télécommunications garantis par l'article 36, 4^e alinéa, cst., obligent les organes législatifs à protéger pénalement et civilement le maintien du secret et habilitent aussi la Confédération à prescrire des règles de compétence et de procédure concernant l'exécution de mesures de surveillance (cf. M. Lendi dans: Le commentaire de la Constitution fédérale, art. 36, ch. 29). Etant donné que la Confédération dispose d'une compétence étendue pour légiférer dans le domaine des postes et des télécommunications, elle est non seulement compétente, mais elle est même tenue de fixer dans la législation les restrictions au secret postal et au secret des télécommunications. Le présent projet repose incontestablement sur une compétence fédérale, ne serait-ce qu'en vertu de l'article 36 cst.

L'article 64^{bis}, 2^e alinéa, cst., confère certes aux cantons la compétence de légiférer en matière de procédure pénale; néanmoins, la Confédération est habilitée à édicter des normes de procédure pénale si et dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires à l'application de dispositions matérielles du droit pénal fédéral (B. Knapp, dans: Le

commentaire de la Constitution fédérale, art. 64^{bis}, ch. 51). Le CP de 1937 n'offrait guère d'exemples pour ce droit pénal dit formel. L'initiative parlementaire Gerwig a pour la première fois invoqué très largement cette compétence; elle a été suivie de l'EIMP. Plus récemment, de telles dispositions ont été édictées dans le cadre de la loi du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5) et de la loi sur la protection des données (LPD; RS 235.1). En ce qui concerne les articles 179 à 179^{sexies} CP, les conditions d'un droit pénal formel doivent être considérées comme réunies. Il appartient aux organes législatifs de la Confédération d'opter pour une concrétisation des articles 179^{bis} à 179^{sexies} CP sous la forme d'une réglementation relativement succincte (actuel art. 16 LTC et art. 179^{octies} CP) ou d'une réglementation exhaustive.

La mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance ne fait plus partie du présent projet. Une compétence législative de la Confédération existerait également dans ce domaine pour autant que le législateur juge nécessaire de subordonner le motif justificatif de l'article 179^{octies} CP à des conditions supplémentaires. Comme la mise en œuvre d'appareils techniques de surveillance ne fait pas partie du droit des télécommunications, nous avons renoncé à étendre la réglementation proposée à ce domaine.

En résumé, la réglementation des compétences entre la Confédération et les cantons permet qu'une nouvelle réglementation ne déploie pas seulement ses effets envers les autorités de la Confédération, mais s'applique également directement aux instances cantonales.

Pour la réglementation de l'investigation secrète, l'article 64^{bis} cst. confère à la Confédération une compétence exclusive pour autant qu'un fait justificatif permettant de participer à un acte punissable soit créé. Dans le secteur des stupéfiants, la réglementation repose en outre sur les articles 69 et 69^{bis} cst.; aujourd'hui, des fonctionnaires de police – parfois en tant qu'agents infiltrés – se font déjà passer pour des acheteurs potentiels ou désireux d'obtenir un échantillon de drogue. L'article 23, 2^e alinéa, LStup prévoit qu'une telle activité n'est pas punissable lorsqu'elle est exercée à des fins d'enquête; il crée ainsi le fait justificatif indispensable.

Nous ne satisfaisons pas le souhait, exprimé à l'occasion de la procédure de consultation, demandant une réglementation uniforme de l'investigation secrète au niveau fédéral et cantonal, car cela équivaldrait à une interprétation nouvelle et très extensive des compétences de la Confédération en la matière:

La Confédération peut faire des exceptions au principe selon lequel les cantons sont compétents pour la réglementation de la procédure pénale lorsqu'une réglementation uniforme dans l'ensemble du pays se révèle «nécessaire pour l'application du droit pénal fédéral». Pour l'investigation secrète, la Confédération ne revendique cette prérogative que dans la mesure où elle définit des conditions supplémentaires pour le recours à un motif justificatif. La réglementation complète de l'investigation secrète dans la procédure pénale cantonale conduirait cependant à la création d'un droit pénal formel allant beaucoup plus loin que ce qui s'est déjà fait jusqu'à ce jour (p. ex. en 1979 avec l'art. 400^{bis} CP, ou en 1991 avec les art. 5 à 10 de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions).

La doctrine admet en outre que, sur la base de l'article 114 cst., la Confédération a la compétence d'agir sur la procédure pénale cantonale dans la mesure où cela semble nécessaire pour garantir l'application correcte de sa propre jurisprudence (K. Eichenberger, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereich des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht; ZSR 1969 II 496 ss, en ce qui concerne l'analogie avec

le droit de procédure pénale: W. Haller, commentaire de l'art. 114 cst. ch. 13). Cette compétence pourrait toutefois être invoquée pour instaurer une unification des mesures de protection des témoins (art. 20 du projet LFIS), car celles-ci doivent correspondre à un certain standard pour qu'une application uniforme du droit par le Tribunal fédéral puisse être garantie.

Dans l'ensemble, les motifs tendant à ne pas utiliser une compétence fédérale découlant d'une interprétation extensive pour les infractions relevant de la juridiction cantonale nous semblent prévaloir. Une unification ne sera donc réalisée que dans le cadre d'une unification générale du droit suisse de procédure pénale.

62

Délégation des compétences législatives

Le projet de loi sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications autorise le Conseil fédéral à fixer les modalités d'application pour les tâches du service, les renseignements sur les raccordements de télécommunication, les obligations des fournisseurs de services de télécommunication ainsi que pour les émoluments et les indemnités. En fonction des expériences faites jusqu'à l'adoption de la loi, il s'agira avant tout de reprendre et d'adapter les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1997 portant sur la création d'un service de surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (RO 1997 3022) ainsi que de l'ordonnance sur les émoluments et les indemnités du DETEC qui s'y rapporte.

A l'opposé, le projet de loi sur l'investigation secrète ne prévoit aucune délégation de compétences législatives. La procédure à suivre pour désigner des agents infiltrés et pour ordonner leur intervention est réglée complètement au niveau de la loi. Cependant, la réglementation proposée ne dispense pas les cantons de régler l'investigation secrète dans leur code de procédure pénale s'ils veulent également recourir à ce moyen d'investigation dans d'autres domaines que celui de la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants. Les cantons ne sont par contre pas habilités à autoriser les agents infiltrés à commettre des actes punissables.

Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (LSCPT)

Projet

du

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu les articles 36 et 64^{bis} de la constitution;
vu le message du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 1998¹,
arrête:*

Section 1: Champ d'application et organisation

Article premier Champ d'application

¹ La présente loi s'applique à la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications qui est ordonnée et exécutée: ²³

- a. dans le cadre d'une procédure pénale de la Confédération ou d'un canton;
- b. pour prévenir un acte punissable;
- c. lors de l'exécution d'une demande d'entraide conforme à la loi sur l'entraide pénale internationale².

² Elle s'applique à tous les organismes étatiques, soumis à concession ou soumis à l'obligation d'annoncer qui fournissent des services postaux ou de télécommunication.

³ Les dispositions relatives à la procédure applicable et à la correspondance postale (sections 2 et 3) s'appliquent aussi aux services de paiement soumis à la loi fédérale du 30 avril 1997³ sur la poste.

⁴ Les propriétaires de réseaux de télécommunications internes et de centraux domestiques sont tenus de tolérer une surveillance.

⁵ La présente loi ne s'applique pas aux demandes de renseignements sur la correspondance postale adressées dans le cadre d'une procédure civile.

Art. 2 Organisation

¹ La Confédération exploite un service chargé de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (service).

² Le service exécute ses tâches de manière autonome. Il n'est pas assujéti à des instructions et il n'est subordonné au département compétent que sur le plan administratif.

¹ FF 1998 3689

² RS 351.1

³ RS 783.0

³ Dans le cadre de ses tâches, le service collabore avec les autorités concédantes et les autorités de surveillance dans le domaine postal et dans celui des télécommunications.

Section 2: Procédure applicable

Art. 3 Conditions

¹ Une surveillance peut être ordonnée aux fins de poursuivre ou de prévenir les actes punissables suivants:

- a. crimes;
- b. délits prévus aux articles 135, 143^{bis}, 144^{bis}, 148, 161, 180, 181, 197, 237, 261^{bis}, 272 à 274, 285, 288, 301, 305, 305^{bis}, 305^{ter} et 310 du code pénal⁴ (CP);
- c. délits prévus aux articles 86a, 149 et 150 du code pénal militaire⁵;
- d. délit prévu à l'article 33 de la loi du 13 décembre 1996⁶ sur le matériel de guerre;
- e. délit prévu à l'article 14 de la loi du 13 décembre 1996⁷ sur le contrôle des biens;
- f. délits prévus aux articles 34 et 34a de la loi du 23 décembre 1959⁸ sur l'énergie atomique;
- g. délit prévu à l'article 19 de la loi du 3 octobre 1951⁹ sur les stupéfiants;
- h. délits prévus à l'article 60, 1^{er} alinéa, lettres g à i, de la loi du 7 octobre 1983¹⁰ sur la protection de l'environnement;
- i. délits prévus à l'article 70, 1^{er} alinéa, lettres a et b, de la loi du 24 janvier 1991¹¹ sur la protection des eaux;
- k. contravention prévue à l'article 179^{septies} CP, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer quelle personne appelle au moyen de l'identification du raccordement;
- l. délits prévus aux articles 14 à 17 de la loi sur le droit pénal administratif¹² ainsi qu'à l'article 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990¹³ sur l'impôt fédéral direct et à l'article 59 de la loi fédérale du 14 décembre 1990¹⁴ sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes; seule la surveillance de la correspondance postale peut être ordonnée lorsque les éléments constitutifs de ces délits sont réunis;
- m. autres délits ou contraventions; dans ces cas, il est possible de demander des renseignements sur des comptes de chèques postaux et sur le trafic des paie-

- 4 RS 311.0
- 5 RS 321.0
- 6 RS 514.51; RO 1998 ... (FF 1996 V 980)
- 7 RS 946.202
- 8 RS 732.0
- 9 RS 812.121
- 10 RS 814.01
- 11 RS 814.20
- 12 RS 313.0
- 13 RS 642.11
- 14 RS 642.14

ments lorsqu'il s'agit de préparer une saisie ou lorsque cela est nécessaire dans le cadre d'une telle mesure.

² Les conditions suivantes doivent en outre être remplies pour qu'une surveillance puisse être ordonnée:

- a. des faits déterminés rendent la personne à surveiller fortement suspecte d'avoir commis un acte punissable énoncé au 1^{er} alinéa, d'y avoir participé ou de le préparer;
- b. la gravité de l'acte punissable justifie la surveillance;
- c. les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès ou les recherches risquent d'être vouées à l'échec ou de devenir excessivement difficiles en l'absence de surveillance.

³ La surveillance d'un tiers peut être ordonnée si des faits déterminés laissent présumer que le suspect utilise ou fait utiliser l'adresse postale ou le raccordement de télécommunication du tiers pour recevoir ou transmettre des envois ou des communications.

⁴ La surveillance d'une station publique de télécommunication ou d'un raccordement qui ne peut pas être attribué à une personne connue peut être ordonnée si des faits déterminés laissent présumer que le suspect utilise ou fait utiliser ce raccordement pour recevoir ou transmettre des communications.

⁵ La surveillance d'une personne qui est tenue au secret professionnel et qui, selon le droit de procédure pénale applicable, peut refuser de témoigner peut être ordonnée si cette personne est elle-même fortement soupçonnée ou si des faits déterminés laissent présumer que le suspect utilise l'adresse postale ou le raccordement de télécommunication de cette personne.

⁶ Si l'enquête établit qu'un suspect change, à intervalles rapprochés, de raccordement de télécommunication, l'autorité qui a autorisé la surveillance peut exceptionnellement autoriser que chaque raccordement identifié utilisé par le suspect soit surveillé sans nouvelle autorisation. Chaque changement de raccordement doit être communiqué au service par un ordre de surveillance. Après la levée de la surveillance, l'autorité qui a ordonné la surveillance soumet, pour approbation, un rapport à l'autorité qui a autorisé la surveillance.

⁷ Un raccordement direct permettant de surveiller immédiatement les télécommunications peut être ordonné lorsque cela est indispensable à l'enquête.

⁸ L'autorité qui a ordonné une surveillance au sens des 3^e à 6^e alinéas prend les mesures nécessaires afin que les personnes qui mènent l'enquête ne puissent pas prendre connaissance d'enregistrements et de documents étrangers à l'objet de l'enquête. Si les enregistrements et les documents ont trait à des secrets professionnels, le tri doit être exécuté par quelqu'un qui, tout en dépendant d'une autorité de justice, n'est pas assujéti aux instructions de la personne qui dirige la procédure.

Art. 4 Renseignements sur la correspondance postale et les télécommunications

¹ Un ordre de surveillance selon l'article 3 peut également permettre de demander les renseignements suivants:

- a. quand et avec quelles personnes ou quels raccordements la personne surveillée est en liaison par voie postale ou par télécommunications (données d'identification des usagers);
- b. les données relatives au trafic et à la facturation.

² Les renseignements mentionnés au 1^{er} alinéa peuvent être demandés avec effet rétroactif sur une période de six mois, indépendamment de la durée de la surveillance définie à l'article 6, 3^e alinéa.

Art. 5 Autorités habilitées à ordonner une surveillance

Une surveillance peut être ordonnée:

- a. lorsqu'il s'agit de poursuivre un acte punissable:
 - 1. par le procureur général de la Confédération,
 - 2. par les juges d'instruction fédéraux,
 - 3. par les juges d'instruction militaires et
 - 4. par les autorités compétentes selon le droit cantonal;
- b. lorsqu'il s'agit de prévenir un acte punissable:
 - 1. par le procureur général de la Confédération,
 - 2. par l'auditeur en chef de l'armée et
 - 3. par les autorités compétentes selon le droit cantonal;
- c. dans les cas d'extradition: par le directeur de l'Office fédéral de la police;
- d. dans les autres cas d'entraide judiciaire: par les autorités fédérales ou cantonales qui traitent la demande d'entraide;
- e. dans les affaires relevant du droit pénal administratif: par l'autorité chargée de l'enquête.

Art. 6 Autorisation de la surveillance

¹ L'ordre de surveillance doit être transmis pour autorisation à l'autorité suivante:

- a. au président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, s'il émane d'une autorité civile de la Confédération;
- b. au président du Tribunal militaire de cassation, s'il émane de l'auditeur en chef de l'armée ou d'un juge d'instruction militaire;
- c. à l'autorité judiciaire désignée par le canton, s'il émane d'une autorité cantonale.

² L'autorité qui a ordonné la surveillance transmet dans les vingt-quatre heures à l'autorité habilitée à autoriser la surveillance:

- a. l'ordre de surveillance;
- b. un exposé des motifs ainsi que les pièces du dossier de la procédure pénale qui sont essentielles pour l'autorisation de la surveillance.

³ L'autorité habilitée à autoriser la surveillance examine si l'atteinte est justifiée. Elle statue dans les cinq jours à compter du moment où la surveillance a été ordonnée en indiquant brièvement les motifs. Elle peut autoriser la surveillance à titre provisoire, demander que le dossier soit complété ou que d'autres éclaircissements soient apportés ainsi qu'exiger des mesures de protection supplémentaires. L'autorisation est

limitée à trois mois au plus et peut être assortie de conditions. L'autorité habilitée à autoriser la surveillance communique immédiatement sa décision au service.

⁴ Si la surveillance n'est pas autorisée, l'autorité qui l'a ordonnée doit retirer immédiatement tous les enregistrements et documents du dossier et les détruire. Les informations qui ont été recueillies lors de la surveillance ne peuvent ni être utilisées dans le cadre de l'enquête, ni servir de moyens de preuve.

⁵ S'il est nécessaire de proroger la surveillance, l'autorité qui a ordonné la surveillance en demande la prorogation avant l'expiration du délai en indiquant les résultats obtenus jusqu'alors dans le cadre de l'enquête et en motivant la prorogation.

Art. 7 Utilisation des informations

¹ Les enregistrements et documents qui ne sont pas nécessaires à la procédure pénale doivent être conservés séparément du dossier et détruits dès la clôture de celle-ci.

² En cas de surveillance de la correspondance postale, des envois postaux, des montants assignés ou des avoirs peuvent être mis en sûreté aussi longtemps que l'enquête l'exige. Dès que le but de la procédure pénale le permet, ils doivent être restitués à leurs destinataires.

³ Si la surveillance fournit des informations dont il est reconnaissable qu'il s'agit de secrets professionnels auxquels le droit de refuser de témoigner s'applique, ces informations doivent être immédiatement séparées du dossier. Elles ne peuvent être utilisées comme moyens de preuve qu'avec l'accord de l'autorité qui a autorisé la surveillance.

⁴ Si la surveillance permet de découvrir d'autres actes punissables que ceux mentionnés dans l'ordre de surveillance, les informations peuvent être utilisées si elles concernent un acte punissable qui remplit les conditions fixées à l'article 3, 1^{er} alinéa, et 2^e alinéa, lettre b, ou si la personne concernée a commis d'autres délits en plus d'un tel acte punissable. Si les informations concernent l'acte punissable d'une personne dont l'ordre de surveillance ne mentionne pas qu'elle est suspectée d'avoir commis un délit, elles ne peuvent être utilisées qu'avec l'accord de l'autorité qui a autorisé la surveillance. Si celle-ci ne donne pas son accord car les conditions fixées pour une surveillance ne sont pas remplies, les enregistrements et documents correspondants doivent être immédiatement détruits.

⁵ Toutes les informations recueillies lors d'une surveillance peuvent être utilisées pour rechercher une personne.

Art. 8 Levée de la surveillance, voies de droit

¹ 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 prorogation ont été refusées.

² Au plus tard lors de l'ouverture du dossier pour consultation ou lors de la suspension de la procédure, l'autorité qui a ordonné la surveillance communique à la personne qui en a fait l'objet les motifs, le mode et la durée de la surveillance.

³ Avec l'accord de l'autorité qui a autorisé la surveillance, la communication peut être repoussée jusqu'à l'entrée en force de la clôture de la procédure pénale si elle risque de remettre en question le but de l'enquête ou d'une autre procédure pénale.

⁴ Avec l'accord de l'autorité qui a autorisé la surveillance, il est possible de renoncer à la communication si les informations recueillies ne sont pas utilisées comme moyens de preuve et:

- a. si cela est indispensable pour protéger des intérêts publics prépondérants, notamment pour la sûreté intérieure ou extérieure ou pour la lutte contre le crime organisé;
- b. si la communication risque de mettre des tiers sérieusement en danger, ou
- c. si la personne ne peut pas être atteinte.

⁵ Si, au moment d'effectuer la communication, une autre autorité que celle qui a ordonné la surveillance dirige la procédure, elle se charge aussi de la communication.

⁶ 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:

- a. si l'ordre émanait d'une autorité civile de la Confédération: devant la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral;
- b. si l'ordre émanait de l'auditeur en chef de l'armée ou d'un juge d'instruction militaire: devant le Tribunal militaire de cassation;
- c. si l'ordre émanait d'une autorité cantonale: devant l'autorité compétente selon le droit cantonal.

Section 3: Surveillance de la correspondance postale

Art. 9 Tâches du service

¹ En cas de surveillance de la correspondance postale, le service remplit les tâches suivantes:

- a. il vérifie si la surveillance concerne un acte punissable énuméré à l'article 3, 1^{er} alinéa, et si 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 que le fournisseur de services postaux ne transmette des envois ou des informations à l'autorité qui a ordonné la surveillance;
- b. il prescrit aux fournisseurs de services postaux la manière d'exécuter la surveillance;
- c. il communique immédiatement la levée de la surveillance à l'autorité qui l'a autorisée;
- d. il conserve l'ordre de surveillance durant une année après la levée de celle-ci;
- e. il tient une statistique des surveillances;
- f. il suit l'évolution technique dans le domaine postal.

² A la demande de l'autorité qui a ordonné la surveillance, le service peut lui fournir des conseils techniques en matière de surveillance de la correspondance postale. Il tient un registre des fournisseurs de services postaux.

³ Le Conseil fédéral fixe les modalités d'application.

Art. 10 Obligations des fournisseurs de services postaux

¹ Les fournisseurs de services postaux sont tenus de fournir à l'autorité qui a ordonné la surveillance les envois postaux, les montants assignés, les sommes constituant l'avoir de titulaires de comptes et les autres données relatives au trafic et à la facturation, dans la mesure où l'ordre de surveillance le prescrit. A la demande de l'autorité qui a ordonné la surveillance, ils lui fournissent des renseignements complémentaires sur la correspondance postale d'une personne.

² Ils sont tenus de conserver durant au moins six mois les données d'identification des usagers qui sont disponibles ainsi que les données relatives au trafic et à la facturation.

³ Vis-à-vis des tiers, la surveillance et toutes les informations qui s'y rapportent sont soumises au secret postal et au secret des télécommunications (art. 321^{er} CP).

Section 4: Surveillance des télécommunications

Art. 11 Tâches du service

¹ En cas de surveillance des télécommunications, le service remplit les tâches suivantes:

- a. il vérifie si la surveillance concerne un acte punissable énuméré à l'article 3, 1^{er} alinéa, et si 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 la surveillance;
- b. il ordonne aux fournisseurs de services de télécommunication de prendre les mesures nécessaires pour exécuter la surveillance;
- c. il reçoit les communications de la personne surveillée qui ont été déviées par les fournisseurs de services de télécommunication; il les enregistre et les transmet à l'autorité qui a ordonné la surveillance;
- d. il veille à l'installation des raccordements directs mais il n'enregistre pas les communications effectuées sur ces derniers;
- e. il reçoit des fournisseurs de services de télécommunication les données d'identification des usagers ainsi que les données relatives au trafic et à la facturation et il les transmet à l'autorité qui a ordonné la surveillance;
- f. il met en oeuvre les mesures de protection supplémentaires au sens des articles 3, 8^e alinéa, et 6, 3^e alinéa, dont l'autorité qui a autorisé la surveillance lui a confié l'exécution;
- g. il communique immédiatement la levée de la surveillance à l'autorité qui l'a autorisée;
- h. il conserve l'ordre de surveillance durant une année après la levée de celle-ci;

- i. il tient une statistique des surveillances;
- k. il suit l'évolution technique dans le domaine des télécommunications.

² Sur demande, le service peut également être chargé des tâches suivantes:

- a. enregistrer les communications effectuées sur les raccordements directs;
- b. transcrire les enregistrements des communications;
- c. traduire les transcriptions rédigées en langues étrangères;
- d. trier les communications enregistrées;
- e. fournir des conseils techniques en matière de surveillance des télécommunications aux autorités et aux fournisseurs de services de télécommunication.

³ Le Conseil fédéral fixe les modalités d'application.

Art. 12 Renseignements sur les raccordements de télécommunication

¹ Les fournisseurs de services de télécommunication fournissent au service les données suivantes sur certains raccordements de télécommunication:

- a. le nom, l'adresse et, si celle-ci est connue, la profession de l'utilisateur;
- b. les ressources d'adressage définies à l'article 3, lettre f, de la loi du 30 avril 1997¹⁵ sur les télécommunications;
- c. le type de raccordement.

² Sur demande, le service fournit des renseignements sur les données mentionnées au 1^{er} alinéa uniquement aux autorités suivantes:

- a. aux autorités fédérales et cantonales qui peuvent ordonner ou autoriser une surveillance des télécommunications, pour déterminer les raccordements et les personnes à surveiller;
- b. à l'Office fédéral de la police, à la police fédérale et aux commandements des polices cantonales et municipales, pour exécuter des tâches de police;
- c. aux autorités fédérales et cantonales compétentes, pour régler des affaires relevant du droit pénal administratif.

³ Le Conseil fédéral règle la forme des demandes et leur conservation.

Art. 13 Obligations des fournisseurs de services de télécommunication

¹ A 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 œuvre de la surveillance.

² Ils sont tenus de conserver durant six mois les données nécessaires à l'identification des usagers ainsi que les données relatives au trafic et à la facturation.

³ Ils fournissent dans les meilleurs délais les données d'identification des usagers qui ont été demandées, les données relatives au trafic et à la facturation et, si possible en temps réel, les communications de la personne surveillée. Ils suppriment les chiffrements qu'ils ont opérés.

¹⁵ RS 748.10

⁴ Ils garantissent la communication des données mentionnées à l'article 12, 1^{er} alinéa. Ils peuvent également rendre ces données accessibles au service par une procédure d'appel.

⁵ Le Conseil fédéral fixe les modalités d'application. Si nécessaire, il peut prévoir que la communication des données soit exécutée gratuitement et à n'importe quel moment.

⁶ Vis-à-vis des tiers, la surveillance et toutes les informations qui s'y rapportent sont soumises au secret postal et au secret des télécommunications (art. 321^{ter} CP).

⁷ Les propriétaires de réseaux de télécommunications internes et de centraux domestiques sont tenus d'en garantir l'accès aux personnes mandatées par le service et de leur fournir les renseignements nécessaires.

Section 5: Emoluments et indemnités

Art. 14

¹ Les équipements nécessaires à l'exécution de la surveillance sont à la charge des fournisseurs de services postaux et de télécommunication. Dans chaque cas, ceux-ci reçoivent de l'autorité qui a ordonné la surveillance une indemnité équitable pour les frais occasionnés.

² Le Conseil fédéral règle les indemnités et fixe les émoluments pour les prestations du service.

Section 6: Dispositions finales

Art. 15 Exécution

Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.

Art. 16 Disposition transitoire

Toute surveillance autorisée par une autorité judiciaire avant l'entrée en vigueur de la présente loi peut être achevée conformément au droit de procédure applicable. Une prolongation ne peut être ordonnée que si les conditions figurant dans la présente loi sont remplies.

Art. 17 Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Modification du droit en vigueur

1. Le code pénal¹⁶ est modifié comme suit:

Art. 179^{octies}

Mesures officielles de surveillance.
Exemption de peine

¹ Celui qui, dans l'exercice d'une attribution que lui confère expressément la loi, ordonne ou exécute la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications d'une personne ou utilise des appareils techniques de surveillance (art. 179^{bis} ss) n'est pas punissable, à condition que l'autorisation du juge compétent soit immédiatement demandée.

² Les conditions de la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et la procédure sont régies par la loi fédérale du ...¹⁷ sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications.

Art. 400^{bis}

Abrogé

2. La loi fédérale sur la procédure pénale¹⁸ est modifiée comme suit:

Art. 66

¹ La surveillance de la correspondance postale et des télécommunications est régie par loi fédérale du ...¹⁹ sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications.

² Le juge d'instruction ou, avant l'ouverture de l'instruction préparatoire, le procureur général peut ordonner l'utilisation d'appareils techniques de surveillance (art. 179^{bis} ss CP). Pour les conditions et la procédure, la loi fédérale du ... sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications s'applique par analogie.

Art. 66^{bis} à 66^{quinquies}

Abrogés

Art. 72

Abrogé

¹⁶ RS 311.0

¹⁷ RS ...; RO ...

¹⁸ RS 312.0

¹⁹ RS ...; RO ...

3. La procédure pénale militaire²⁰ est modifiée comme suit:

Art. 70 Conditions

La surveillance de la correspondance postale et des télécommunications est régie par la loi fédérale du . . .²¹ sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications. Pour l'utilisation d'appareils techniques de surveillance (art. 179^{bis} ss CP), la loi en question s'applique par analogie.

Art. 71 à 73

Abrogés

4. La loi sur l'entraide pénale internationale²² est modifiée comme suit:

Art. 18a (nouveau) Surveillance de la correspondance postale et
des télécommunications

¹ Si un Etat étranger le demande expressément, l'office fédéral peut ordonner une surveillance de la correspondance postale et des télécommunications pour déterminer le lieu de séjour d'une personne poursuivie.

² Pour octroyer d'autres formes d'entraide judiciaire, l'autorité fédérale ou cantonale chargée de traiter une demande d'entraide peut ordonner une surveillance de la correspondance postale et des télécommunications.

³ Les conditions de la surveillance et la procédure sont régies par la loi fédérale du . . .²³ sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications.

5. La loi du 30 avril 1997²⁴ sur les télécommunications est modifiée comme suit:

Art. 44 Surveillance des télécommunications

La surveillance des télécommunications est régie par la loi fédérale du . . .²⁵ sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications.

40122

²⁰ RS 322.1
²¹ RS . . . ; RO . . .
²² RS 351.1
²³ RS . . . ; RO . . .
²⁴ RS 784.10
²⁵ RS . . . ; RO . . .

Loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS)

Projet

du

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu les articles 36 et 64^{bis} de la constitution;
vu le message du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 1998¹,
arrête:*

Section 1: Champ d'application

Article premier

¹ La présente loi s'applique à l'investigation secrète opérée en vue de combattre le trafic illicite de stupéfiants dans le cadre d'une procédure pénale fédérale ou cantonale.

² Dans le cadre d'une procédure pénale fédérale, elle s'applique en outre lorsqu'il s'agit d'élucider des crimes qui relèvent de la juridiction fédérale et dont la gravité justifie l'investigation secrète, notamment lorsqu'on suspecte que les actes punissables ont été commis par métier, en bande, à plusieurs reprises ou par une organisation criminelle.

³ Dans le cadre de procédures pénales cantonales autres que celles qui sont prévues à l'article premier, les cantons peuvent, en application du droit cantonal, effectuer des investigations secrètes.

Section 2: Dispositions générales

Art. 2 Conditions

¹ Le commandant d'un corps de police chargé de tâches de police judiciaire peut, moyennant son consentement, désigner une personne comme agent infiltré si des actes punissables visés à l'article premier doivent être élucidés.

² Il peut désigner comme agent infiltré:

- a. un fonctionnaire de police; ou
- b. une personne engagée à titre provisoire pour exercer une fonction de police, même si elle n'a pas la formation de fonctionnaire de police.

Art. 3 Identité d'emprunt et promesse de discrétion

¹ Le commandement de la police peut doter l'agent infiltré d'une identité d'emprunt.

¹ FF 1998 3689

² Par une promesse de discrétion, il peut garantir à l'agent infiltré qu'il ne dévoilera pas sa vraie identité, même devant le tribunal.

³ A la demande d'une autre autorité, l'autorité qui a autorisé l'investigation secrète décide sous quelle identité sera jugé l'agent infiltré qui s'est rendu coupable d'une infraction grave dans le cadre de sa mission et s'il y a lieu de révoquer la promesse de discrétion.

Art. 4 Autorisation d'un juge

La désignation d'un agent infiltré doit être autorisée par un juge:

- a. si des titres doivent être fabriqués ou modifiés pour constituer ou pour assurer une identité d'emprunt; ou
- b. si elle concerne une personne visée à l'article 2, 2^e alinéa, lettre b.

Art. 5 Procédure d'autorisation

¹ La décision désignant l'agent infiltré, dûment motivée et accompagnée des pièces nécessaires, doit être transmise aux autorités suivantes:

- a. pour les autorités de la Confédération: au président de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral;
- b. pour les autorités cantonales: à l'autorité judiciaire désignée par le canton.

² L'autorité qui autorise la désignation de l'agent infiltré rend une décision en indiquant brièvement les motifs. Elle peut autoriser la désignation à titre provisoire ou sous condition, demander que le dossier soit complété ou exiger d'autres éclaircissements.

Art. 6 Droits et obligations

¹ L'agent infiltré a droit à la meilleure protection possible de sa vie et de son intégrité corporelle.

² Il doit accomplir sa mission en se conformant aux instructions et faire un rapport périodique de son activité et de ses constatations. Les instructions et les rapports sont versés au dossier. Ces pièces sont conservées séparément du dossier de la procédure.

³ Il est interdit à l'agent infiltré d'inciter quiconque à commettre un acte punissable.

⁴ Le Conseil fédéral et les autorités cantonales compétentes édictent les dispositions de service spécifiques à l'investigation secrète, notamment celles qui portent sur le dédommagement des frais supplémentaires qui en résultent pour l'agent infiltré.

Art. 7 Suivi et instructions

¹ Tout agent infiltré est suivi par une personne désignée par le commandement de la police («contact»). Lors de l'intervention de l'agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale, cette personne demeure chargée du contact direct avec lui.

² Le «contact» de l'agent infiltré instruit précisément ce dernier sur sa mission, ses attributions et la manière dont il doit utiliser son identité d'emprunt. Il a la compétence d'un supérieur hiérarchique pour lui donner des instructions.

Art. 8 Utilisation des constatations

¹ Si les rapports de l'agent infiltré font état de constatations mettant en évidence un crime ou un délit, le commandement de la police dénonce le cas à l'autorité de poursuite pénale compétente. Ce faisant, il peut demander à cette dernière de surseoir à tout acte d'enquête qui puisse être reconnaissable, afin de ne pas compromettre l'investigation secrète.

² Lorsque les constatations visées au 1^{er} alinéa sont nécessaires pour l'administration des preuves, un rapport de police officiel est versé au dossier de la procédure.

Art. 9 Fin de la mission

¹ Le commandement de la police compétent met fin à la mission de l'agent infiltré:

- a. si, dans un délai raisonnable, aucune intervention dans le cadre d'une procédure pénale n'est prévisible;
- b. si les risques de la mission ou si l'effort consenti sont disproportionnés par rapport au bénéfice attendu; ou
- c. si l'agent infiltré ne suit pas les instructions, induit sciemment en erreur son «contact» ou d'une quelconque autre manière ne respecte pas ses obligations.

² La mission prend fin conformément aux directives données par le «contact» de l'agent infiltré. La clôture de la mission ne doit exposer ni l'agent infiltré ni d'autres personnes impliquées dans l'enquête à des danger inutiles. Dès que l'identité d'emprunt de l'agent infiltré n'est plus nécessaire, le commandement de la police met en lieu sûr les titres qui ont servi à l'attester.

³ Si un agent infiltré ou un tiers impliqué dans l'enquête doit être relevé de ses fonctions, le commandement de la police veille, si nécessaire, à ce qu'un soutien adéquat lui soit apporté après coup.

Section 3: Intervention dans le cadre d'une procédure pénale

Art. 10 Autorité ordonnant l'intervention

Avec l'accord du commandement de la police, l'intervention, dans le cadre d'une procédure pénale, d'un agent infiltré peut être ordonnée:

- a. par le procureur général de la Confédération et les juges d'instruction fédéraux; ou
- b. par les autorités cantonales compétentes de poursuite pénale.

Art. 11 Conditions

¹ L'intervention d'un agent infiltré lorsqu'il s'agit d'élucider un acte punissable au sens de l'article premier est autorisée si les recherches risquent de ne pas aboutir ou d'être rendues excessivement difficiles sans le recours à l'investigation secrète.

² L'intervention d'un agent infiltré en vue de combattre le trafic illicite de stupéfiants n'est autorisée que si des faits confirment le soupçon selon lequel il s'agit d'un acte

punissable au sens de l'article 19, 2^e alinéa, de la loi du 3 octobre 1951² sur les stupéfiants, lequel acte fait apparaître des liens avec le crime organisé ou qui d'une autre manière se révèle particulièrement grave.

³ Un agent infiltré qui a été désigné selon le droit cantonal ou le droit étranger et qui remplit les conditions de l'article 2 peut également intervenir dans le cadre d'une procédure pénale fédérale ou cantonale lorsqu'il s'agit de poursuivre un acte punissable au sens de l'article premier.

Art. 12 Impunité pour les délits en matière de stupéfiants

L'agent infiltré n'est pas punissable d'après les articles 19 et 20 à 22 de la loi du 3 octobre 1951³ sur les stupéfiants s'il agit conformément aux dispositions de la présente loi.

Art. 13 Autorisation d'un juge

¹ L'intervention d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure pénale doit être autorisée par l'une des autorités mentionnées à l'article 5, 1^{er} alinéa.

² L'autorisation confirmera par écrit que les mesures de protection définies à l'article 20, 1^{er} alinéa, seront prises dans le cadre de la procédure pénale.

Art. 14 Procédure d'autorisation

¹ L'autorité qui ordonne une investigation secrète transmet dans les vingt-quatre heures à l'autorité chargée de l'autoriser:

- a. la décision ordonnant l'investigation secrète;
- b. un exposé des motifs accompagné des pièces nécessaires.

² L'autorité qui autorise l'investigation secrète rend une décision dans les cinq jours à compter du moment où l'enquête a été ordonnée, en indiquant brièvement les motifs. Elle peut autoriser l'investigation secrète à titre provisoire ou sous condition, demander que le dossier soit complété ou exiger d'autres éclaircissements.

³ Si l'investigation secrète n'est pas autorisée, l'autorité qui l'a ordonnée doit retirer immédiatement du dossier tous les documents y relatifs. Les informations qui ont été recueillies lors de l'enquête ne peuvent être utilisées ni pour d'autres enquêtes ni au détriment d'un accusé.

Art. 15 Fin de l'investigation secrète

¹ L'autorité qui a ordonné l'investigation secrète décide de mettre fin à l'enquête si les conditions ne sont plus remplies. Elle suspend la mission de l'agent infiltré qui viole les instructions ou qui induit sciemment en erreur les autorités de poursuite pénale. L'article 9, 2^e et 3^e alinéas, règle la procédure.

² L'autorité qui a ordonné l'investigation secrète communique immédiatement la suspension ou la clôture réglementaire de l'investigation secrète à l'autorité qui l'a autorisée.

² RS 812.121

³ RS 812.121

Art. 16 Droits et obligations

¹ L'étendue de l'intervention autorisée d'un agent infiltré se limite à la concrétisation d'un acte dont l'accomplissement a déjà été décidé. Si nécessaire, l'agent infiltré est notamment autorisé à effectuer des achats probatoires pour préparer le marché principal et démontrer ainsi sa solvabilité.

² L'agent infiltré doit s'abstenir d'exercer une quelconque influence sur la personne concernée afin qu'elle se résolve à commettre l'infraction ou pour l'amener à commettre une infraction beaucoup plus grave que celle qu'elle avait prévue initialement.

Art. 17 Montants nécessaires à la conclusion d'un marché fictif

¹ A la demande du commandement de la police responsable de l'intervention, la Confédération peut, par l'intermédiaire de la Banque nationale, mettre à la disposition de l'agent infiltré les montants dont il a besoin pour conclure des marchés fictifs, sous la forme et la quantité qu'il souhaite.

² Les cantons adressent la demande accompagnée d'une brève description du cas aux offices centraux de l'Office fédéral de la police. Le commandement de la police prend les mesures de sécurité nécessaires.

³ La collectivité responsable est garante des pertes dues à des comportements intentionnels ou à des négligences graves.

Art. 18 Constatations fortuites

Si, en exécutant son mandat conformément aux instructions, l'agent infiltré apprend l'existence d'actes punissables n'ayant pas de rapport avec son mandat, il en informe son «contact», lequel rapporte ces faits au commandement de police qui transmet les informations à l'autorité de poursuite pénale compétente. Cette dénonciation peut être accompagnée d'une demande de renoncement momentané à tout acte d'enquête reconnaissable, afin de ne pas compromettre l'investigation secrète.

Section 4: Procédure devant le tribunal**Art. 19** Communication

¹ L'accusé doit être informé, au plus tard lors de sa mise en accusation, qu'il a fait l'objet d'une investigation secrète.

² Moyennant l'accord de l'autorité qui a autorisé l'investigation secrète, on renoncera à la communication:

- a. si la procédure est classée;
- b. si un préjudice important est prévisible:
 1. pour une procédure en cours ou à venir;
 2. pour un agent infiltré;
 3. pour un tiers.

Art. 20 Mesures de protection

¹ L'identité d'un agent infiltré auquel a été octroyée la garantie des mesures de protection, conformément à l'article 13, 2^e alinéa, est tenue secrète même après la fin de sa mission. Son identité n'est pas dévoilée non plus durant la procédure judiciaire et ne figure pas au dossier.

² Si une confrontation entre l'accusé et l'agent infiltré est nécessaire, l'autorité qui dirige la procédure prend les mesures de protection suivantes pour respecter la garantie octroyée à l'agent infiltré:

- a. modification de l'apparence et de la voix de l'agent infiltré;
- b. interrogatoire de l'agent infiltré dans un local séparé.

³ Dans ce cas, un officier de police dont le nom est connu atteste:

- a. que l'agent infiltré est bien la même personne que la personne interrogée;
- b. les faits importants étayant la crédibilité de l'agent infiltré.

⁴ Si l'identité de l'agent infiltré ne peut être maintenue secrète par d'autres moyens, l'interrogatoire dudit agent devant le tribunal peut se dérouler à huis clos.

⁵ Les mêmes mesures peuvent être prises en faveur de tiers ayant collaboré à l'enquête.

Section 5: Dispositions finales

Art. 21 Modification du droit en vigueur

1. Le code pénal⁴ est modifié comme suit:

Art. 317^{bis} (nouveau)

Actes non
punissables

¹ Les fonctionnaires de police ne sont pas punissables d'après les articles 251, 252 et 317 lorsque, munis de l'autorisation d'un juge, ils confectionnent, modifient ou utilisent des titres dans le cadre d'une investigation secrète pour constituer ou pour assurer leur identité d'emprunt.

² Les fonctionnaires qui, munis de l'autorisation d'un juge, confectionnent ou modifient des titres pour une investigation secrète ne sont pas punissables d'après les articles 251, 252 et 317.

2. La loi du 3 octobre 1951⁵ sur les stupéfiants est modifiée comme suit:

Art. 23, 2^e al.

² Le fonctionnaire chargé de combattre le trafic illicite de stupéfiants et qui, à des fins d'enquête, accepte une offre de stupéfiants n'est pas punissable même s'il ne dévoile pas son identité et sa fonction.

⁴ RS 311.0

⁵ RS 812.121

Art. 22 Dispositions transitoires

¹ Les garanties des mesures de protection autorisées par un juge restent valables.

² Une investigation secrète autorisée par un juge au cours d'une procédure en cours peut être menée à terme selon le droit de procédure qui s'applique.

³ Tant qu'un canton n'a pas désigné les autorités qui ordonnent et autorisent les investigations secrètes, les compétences valables pour la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications s'appliquent par analogie.

Art. 23 Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

40122

Message concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète du 1er juillet 1998

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1998
Année	
Anno	
Band	4
Volume	
Volume	
Heft	35
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	98.037
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	08.09.1998
Date	
Data	
Seite	3689-3771
Page	
Pagina	
Ref. No	10 109 556

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.