

FEDERATION SUISSE DES AVOCATS

PRISE DE POSITION

sur la

Révision de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) (moyens spéciaux de la recherche d'informations) Questionnaire

Généralités

Question 1: impression générale?

Quel est votre avis général sur le projet (positif, partiellement positif, négatif)?

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) est d'avis que le dispositif législatif actuel de même que les différents organes chargés de veiller à la sûreté intérieure de l'Etat (le cas échéant avec une amélioration de leur organisation) suffisent à prévenir de manière efficace le type de menaces que le projet veut circonscrire.

Dans le cadre législatif existant, les autorités précitées ont déjà à disposition et utilisent régulièrement les moyens de surveillance techniques et humains préconisés par le projet. Si le cadre législatif actuel apparaît trop contraignant pour ces autorités, il est aussi un garde-fou contre des atteintes excessives aux libertés fondamentales.

Par conséquent, créer de nouvelles bases légales pour octroyer un pouvoir de surveillance et de contrôle très élargi comme le prévoit le projet, sans contours clairement définis, serait non seulement superflu mais extrêmement dangereux.

Entre l'intérêt de l'Etat à veiller à sa sûreté intérieure et celui des individus à préserver leur sphère privée de l'ingérence étatique, la difficile pesée implique une juste application du principe de proportionnalité, avec un risque de dérapage concret et des conséquences potentiellement graves. On constate que dans le projet, l'évaluation de cette proportionnalité repose principalement et sans cautèle suffisante sur les autorités chargées d'utiliser ces moyens d'investigation spéciaux. Le doute est permis sur la question de savoir si les agents de ces autorités, qui sont avant tout des hommes de terrain, ont ou auront une formation et un degré de compétence suffisants pour procéder à une telle évaluation.

Même après le 11 septembre 2001, la fin ne justifie pas les moyens...

La FSA répond donc par la négative à la question de l'opportunité du projet de révision.

Question 2: révision totale ou partielle?

Pensez-vous que la révision partielle proposée soit suffisante? Ou seriez-vous plutôt en faveur d'une révision totale de la LMSI?

Pour autant qu'une révision partielle ou totale de la loi soit considérée comme nécessaire, ce qui n'est pas l'avis de la FSA, il serait préférable, pour une meilleure systématique afin de faciliter la lecture et l'application de la loi de procéder à une révision totale de la loi et d'attribuer à chaque norme une numérotation propre sans recourir aux subdivisions interminables.

A titre d'exemple, le nombre et surtout l'importance des points réglés par l'article 18 justifieraient à lui seul une renumérotation plus claire.

Recherche d'informations

Question 3: Transfert de l'ordonnance concernant l'extension du devoir de renseigner et du droit de communiquer dans le droit ordinaire?

Que pensez-vous du transfert dans le droit ordinaire de l'ordonnance du 7 novembre 2001 concernant l'extension du devoir de renseigner et du droit de communiquer d'autorités, d'offices et d'organisations visant à garantir la sûreté intérieure et extérieure (art. 13a du projet)? Pensez-vous que le cercle des personnes tenues de renseigner soit approprié?

Pour autant qu'une révision partielle ou totale de la loi soit considérée comme nécessaire, ce qui n'est pas l'avis de la FSA, il serait logique d'intégrer dans cette modification de la loi l'ordonnance du 7 novembre 2001 concernant l'extension du devoir de renseigner et du droit de communiquer de la part d'autorités, d'offices ou d'organisations administratives.

Sur un plan systématique, la FSA constate que l'article 13a alinéa2 du projet prévoit que le Conseil fédéral déterminera par voix d'ordonnance les organisations qui sont soumises au devoir de renseigner. Il en résulte que cette disposition et l'ordonnance du 7 novembre 2001 se recourent : la question sera toujours réglée par voix d'ordonnance et la situation ne sera guère différente de celle qui prévaut aujourd'hui.

La FSA considère que le cercle des entités tenues de fournir des informations est trop large en tant qu'elle peut viser des organisations d'ordre privé qui accomplissent certaines tâches d'ordres publics.

A titre d'exemple, certains ordres des avocats cantonaux sont considérés comme accomplissant des tâches d'ordre public. Or, les ordres des avocats cantonaux peuvent dans certains cas, être amenés à procéder à des instructions sur des dossiers de leurs membres, toute les informations traitées étant évidemment couvertes par le secret professionnel de l'avocat. Il n'est pas concevable qu'un ordre des avocats cantonal soit tenu de fournir des informations sur les dossiers dont elle a connaissance à l'autorité d'investigation fédérale. Il convient donc d'exclure du champ de cette disposition toutes

les organisations qui traitent des informations couvertes par un secret professionnel protégé par la loi.

Question 4: Proportionnalité de la limitation du champ d'application des moyens spéciaux de la recherche d'informations?

Estimez-vous que la limitation des moyens spéciaux de la recherche d'informations aux domaines du terrorisme, du service de renseignements politiques et militaires prohibé et de la prolifération des armes de destruction massive soit proportionnée?

Pour les motifs déjà évoqués, La FSA est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'étendre le recours à des moyens spéciaux de la recherche d'informations à d'autres domaines que ceux visés par le projet.

Par ailleurs, dès lors que lesdits domaines recouvrent des notions juridiques indéterminées, la FSA préconise qu'il soit fait mention et renvoi aux dispositions du Code pénal suisse qui fournissent déjà une définition juridique de ces notions.

Par exemple, le rapport explicatif de la LMSI reconnaît que la notion de « terrorisme » ne connaît pas une définition claire et universellement acceptée. A fortiori, il conviendrait de maintenir une cohérence avec l'article 260 quinquies du Code pénal suisse par un renvoi express à cette disposition qui comporte une définition indirecte du terrorisme.

Dans la même logique, s'agissant des renseignements politiques ou militaires prohibés, il conviendrait de se référer expressément aux articles 272 et 274 du Code pénal suisse.

Question 5: Suffisance des moyens spéciaux de la recherche d'informations?

Pensez-vous que les moyens spéciaux de la recherche d'informations (surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, observation dans des lieux qui ne sont pas librement accessibles ou au moyen d'appareils techniques de surveillance, perquisition secrète d'un système informatique) soient suffisants? Si tel n'est pas le cas, quels moyens supplémentaires souhaiteriez-vous voir utilisés? Ou pensez-vous que l'on pourrait renoncer partiellement ou totalement à l'un des moyens prévus?

La première question ne manque pas de surprendre : en l'état de la science et de la technique en la matière, existerait-il d'autres moyens disponibles auxquels nos autorités auraient spontanément renoncé ?

La FSA s'inquiète sérieusement de l'usage plus facilité des moyens spéciaux de recherches d'informations et du risque d'incursion excessif dans la sphère privée des citoyens.

Plus particulièrement, la FSA s'inquiète des atteintes qui reviendraient à vider de leur sens le secret professionnel de l'avocat, nonobstant la « garantie » consentie par l'article 18c alinéa 2 du projet.

A supposer qu'un « perturbateur présumé »¹ sous surveillance s'adresse à un avocat, quelque en soit la raison, l'application des articles 18a, 18b et 18c du projet de loi, permettront que l'étude de cet avocat soit l'objet d'une surveillance durant plusieurs mois, au moyen d'écoutes téléphoniques, du contrôle du courrier postal et du courrier électronique et d'écoutes des entretiens qui se tiennent dans les locaux.

Ce mode de procédé viole gravement le secret professionnel, à l'égard du perturbateur présumé -qui doit est en droit de s'adresser à un avocat dans une relation de confiance sans être l'objet d'une surveillance de la part de l'autorité- mais encore et surtout à l'égard de tous les autres clients de cette étude.

Il n'est pas concevable que l'intégralité de l'activité d'une étude d'avocat puisse, pendant des semaines ou des mois faire l'objet d'une surveillance, sous la seule cautèle que les informations ainsi recueillies feront ensuite l'objet d'un tri. La protection assurée par l'article 18c alinéa 2 ne revêt qu'un caractère théorique et assurément dénué de toute portée pratique.

Cette disposition indique que le tri des données recueillies lors de la surveillance d'une personne au bénéfice du secret professionnel doit être effectué sous la surveillance d'un juge de la chambre compétente du Tribunal administratif fédéral de manière à ce que l'organe de sûreté n'ait pas connaissance d'un secret professionnel. Cette disposition n'indique pas qui procédera effectivement au tri. Sachant que le matériel recueilli peut représenter un volume très considérable, si la surveillance s'étend sur plusieurs semaines ou mois, il paraît peu probable qu'un juge fédéral procédera lui-même à un tel tri.

Par conséquent, la FSA préconise que le secret professionnel de l'avocat soit expressément consacré en ce sens que si l'avocat intervient dans une activité typique et traditionnelle, aucune des mesures d'investigation et de surveillance prévues par la loi ne puisse être mise en œuvre.

Une exception à cette règle serait admise si l'avocat intervient en qualité d'administrateur ou d'intermédiaire financier, ainsi que cela est déjà prévu dans d'autres lois.

Enfin, il convient de souligner que le secret professionnel doit s'imposer non seulement à toutes les personnes qui ont accès à des informations obtenues auprès d'un détenteur de secret professionnel mais également au juge du Tribunal administratif fédéral qui est amené à procéder au tri des pièces et informations recueillies. En particulier, toute divulgation d'informations obtenues au cours de ces investigations ne doit pas pouvoir être communiquée à une quelconque autre autorité sous peine de constituer une violation du secret de fonction.

¹ L'article 18b du projet recourt à des notions juridiques indéterminées et inexistantes à ce jour dans le droit suisse. A titre d'exemple, « le perturbateur présumé » « mutmasslicher Gefährder » « presunto autore della minaccia » sont des notions qui n'existent nulle part ailleurs dans le droit suisse. On relève par ailleurs une différence de sens et de portées entre les différentes langues nationales.

Question 6: Procédure visant à ordonner l'utilisation des moyens de recherche et procédure d'approbation?

Pensez-vous que la procédure visant à ordonner l'utilisation de moyens spéciaux de recherche d'informations (demande de fedpol puis double examen par le Tribunal fédéral administratif et les chefs du DFJP et du DDPS ou le Conseil fédéral) soit proportionnée?

Sous réserve des critiques formulées ci-dessus, la procédure mise en place pour l'approbation de l'utilisation des moyens spéciaux de recherches d'informations paraît a priori acceptable.

Tout au plus, peut-on s'interroger sur les motifs pour lesquels la chambre spéciale du Tribunal administratif fédéral ne donne qu'un avis sur la conformité des mesures ou des dispositifs demandés plutôt qu'une décision formelle. Le rapport explicatif est muet sur ce point.

Interdiction d'activités

Question 7: Justesse des critères d'interdiction d'activités?

Pensez-vous que les exigences fixées pour pouvoir ordonner l'utilisation des moyens spéciaux de recherche d'informations soient suffisants? Si non, ces exigences doivent-elles être rendues plus sévères ou être assouplies? En cas de durcissement: quels critères supplémentaires estimez-vous nécessaires? En cas d'assouplissement: à quels critères renoncerez-vous?

La question qui devrait être posée en amont serait de savoir si d'un point de vue systématique cette disposition devrait ou non se trouver dans un tel projet de loi.

L'interdiction faite à une personne ou à une organisation de déployer une activité porte une grave atteinte à la liberté de réunion, à la liberté d'expression, à la liberté du commerce et de l'industrie et enfin aux droits fondamentaux.

Par ailleurs, l'article 18n du projet fait appel à des notions juridiques indéterminées qui rendent d'autant plus flou le contour des restrictions portées aux libertés précitées.

Par conséquent, une telle restriction devrait probablement figurer dans un texte propre, ancré dans une base constitutionnelle.

Enfin, vu la gravité de l'atteinte, une telle mesure ne devrait pas être une prérogative accordée à un seul chef de département mais à l'ensemble du Conseil fédéral, sans délégation possible.

Divers

Question 8: Autres mesures nécessaires?

Existe-t-il d'autres mesures policières de nature préventive que vous estimez nécessaires en vue de garantir la sûreté intérieure et extérieure? Si oui, lesquelles et pourquoi?

Pas d'autres mesures nécessaires du point de vue de la FSA.

Berne, le 19 octobre 2006

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Alain Bruno Lévy
Président FSA

René Rall
Secrétaire général FSA