

**Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat
14.3672 de la Commission de la politique de sécurité du
Conseil des Etats du 1^{er} septembre 2014.
Manifestations et événements de grande envergure.
Communication d'adresses Internet**

du ...

Condensé

Par le présent rapport, le Conseil fédéral donne suite au postulat 14.3672 de la Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats du 1^{er} septembre 2014 "Manifestations et événements de grande envergure. Communication d'adresses Internet". Le Conseil fédéral a été chargé de remettre, d'ici l'été 2015, un rapport présentant les mesures qui pourraient être prises afin de mettre en œuvre l'initiative 14.305 "Appels anonymes à manifester" déposée par le canton de Berne.

L'initiative du canton de Berne demande la création de bases légales permettant aux autorités policières d'obtenir l'adresse IP des organisateurs de manifestations et d'événements de grande envergure afin de lever leur anonymat, dans le but de conclure avec eux des accords contraignants et de régler les questions de responsabilité en amont desdits événements.

La première partie du rapport comprend une analyse de la situation actuelle et des solutions possibles découlant des projets de révision de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) et de la nouvelle loi sur le renseignement (LRens). Dans un deuxième temps, le rapport décrit les compétences constitutionnelles des cantons en matière de police, ainsi que la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons concernant la communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale. La problématique des droits fondamentaux est également abordée dans ce contexte.

Le but du présent rapport est de fournir une vue d'ensemble des compétences cantonales et fédérales actuelles en la matière, tout en mettant l'accent sur les aspects développés dans le postulat et l'initiative cantonale.

Dans le rapport, le Conseil fédéral arrive à la conclusion que la communication de données d'adressage Internet en dehors d'une procédure pénale implique des compétences étendues au niveau tant cantonal (souveraineté des cantons en matière de police) que fédéral (compétence de la Confédération dans le domaine des télécommunications). Quand il s'agit de l'activité policière effective, la compétence des cantons est établie; quand il s'agit de la mise en œuvre technique de l'identification des participants ou des usagers, l'art. 92, al. 1, Cst. – en relation avec l'art. 57, al. 2, Cst. – peut être invoqué. Par contre, il appartient par principe aux cantons de statuer sur les conditions applicables à l'utilisation de l'instrument requis. Ces derniers ont donc la responsabilité de créer des dispositions légales qui tiennent compte du principe de proportionnalité. Si un besoin d'uniformisation de la législation se fait sentir en la matière, les cantons sont libres d'harmoniser leurs réglementations au moyen de conventions intercantionales.

Table des matières

Condensé	2
Table des matières	3
Liste des abréviations	5
1.Mandat et organisation des travaux	6
1.1 Introduction	6
1.1.1 Contexte	6
1.1.2 Processus	7
1.2 Mandat et contenu	7
1.2.1 Corrélations avec d'autres rapports et projets	7
1.2.1.1 Révision de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication	7
1.2.1.2 Loi sur le renseignement	8
1.2.1.3 Groupe de travail interdépartemental sur la responsabilité des prestataires Internet	8
2.Communication d'adresses IP de lege lata et de lege ferenda	9
2.1 Possibilités sur la base du CPP et de la LSCPT	9
2.1.1.Possibilités en dehors d'une procédure pénale – recherche de personnes disparues (art. 1 et 3 LSCPT)	9
2.1.2 Possibilités dans le cadre d'une procédure pénale – renseignements visant à identifier les auteurs d'infractions sur Internet selon l'art. 14, al. 4, LSCPT	9
2.1.3 <i>De lege ferenda</i> : renseignements visant à identifier les auteurs d'infractions sur Internet (art. 22 P-LSCPT)	11
2.1.4 <i>De lege ferenda</i> : recherche en cas d'urgence et recherche de personnes condamnées (art. 35 et 36 P-LSCPT)	12
2.2 Possibilités fondées sur la LMSI et sur la LRens	13
2.2.1 Renseignements sur des adresses d'usagers (art. 13, al. 1 ^{bis} , LMSI, art. 24, al. 2, P-LRens)	13
2.2.2 Surveillance soumise à autorisation en vertu de l'art. 25, al. 1, let. a, P-LRens	14
3.Compétences constitutionnelles en lien avec la communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale	16
3.1 Contexte	16
3.2 Compétences constitutionnelles dans le domaine de la police	17
3.3 Répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en cas de communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale	17
4.Réglementation visant à lever l'anonymat des personnes appelant à manifester	19
4.1 Contexte	19
4.2 Afférence de la mesure (notamment la communication d'adresses IP) aux droits fondamentaux	19

4.3 Intérêt public	20
4.4 Proportionnalité	21
5. Conclusions	23

Liste des abréviations

CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
CCPCS	Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse
CP	Code pénal (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale (RS 312.0)
CPS-E	Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats
Cst.	Constitution fédérale
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DFJP	Département fédéral de justice et police
fedpol	Office fédéral de la police
FF	Feuille fédérale
LMSI	Loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (RS 120)
LRens	Loi sur le renseignement
LSCPT	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RS 780.1)
OFJ	Office fédéral de la justice
P-LRens	Projet de loi sur le renseignement (LRens)
P-LSCPT	Projet de loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication
RS	Recueil systématique
SCPT	Service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication
SRC	Service de renseignement de la Confédération
ss	et pages suivantes

Rapport

1. Mandat et organisation des travaux

1.1 Introduction

1.1.1 Contexte

Par le présent rapport, le Conseil fédéral donne suite au postulat 14.3672 de la Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats du 1^{er} septembre 2014 "Manifestations et événements de grande envergure. Communication d'adresses Internet". Le postulat est formulé comme suit:

"Le Conseil fédéral est chargé de remettre, d'ici à mi-2015, un rapport dans lequel il présentera les mesures qui pourraient être prises afin de mettre en œuvre l'initiative 14.305 "Appels anonymes à manifester", déposée par le canton de Berne."

Lors de sa session de janvier 2014, le Grand Conseil du canton de Berne a transmis une motion chargeant le Conseil-exécutif de soumettre à la Confédération l'initiative cantonale 14.305 "Appels anonymes à manifester". Cette initiative du canton de Berne demande la création de bases légales permettant aux autorités policières d'obtenir l'adresse IP des organisateurs de manifestations et d'événements de grande envergure afin de lever leur anonymat, dans le but de conclure avec eux des accords contraignants et de régler les questions de responsabilité en amont desdits événements.

Le 19 mars 2014, le Grand Conseil du canton de Berne a soumis l'initiative cantonale à l'Assemblée fédérale, suite à quoi la Commission de la politique de sécurité du Conseil des Etats (CPS-E) a décidé lors de sa séance du 15 août 2014 de ne pas donner suite à l'initiative et de déposer un postulat de commission.

Dans son avis du 29 octobre 2014, le Conseil fédéral a proposé de rejeter le postulat. Il estime en effet que le principe de la proportionnalité n'est pas respecté si l'identité de personnes anonymes est révélée alors que leur appel à participer à une manifestation ou à un événement de grande envergure ne contient pas de provocation au crime ou à la violence. Si des troubles se produisent lors d'un événement, les organisateurs de cet événement ne peuvent pas être déclarés d'emblée responsables du point de vue pénal ou civil; en soi, l'appel à participer à une manifestation non autorisée ne constitue pas une infraction au sens du code pénal (CP; RS 311.0). La communication de ces informations aux autorités de police à des fins purement préventives n'est donc pas admissible. De plus, elle constituerait une atteinte à la liberté de réunion garantie par la Constitution (art. 22 Cst.; RS 101).

Le postulat a été adopté par le Conseil des Etats le 10 décembre 2014. Le délai de rédaction du rapport a cependant été repoussé du printemps 2015 à l'automne 2015 au vu de la nécessité d'impliquer les cantons dans le processus.

1.1.2 Processus

En Suisse, plusieurs services différents de l'administration fédérale sont chargés de questions de sécurité en lien avec la surveillance d'Internet. Il était donc indispensable de s'appuyer sur leurs connaissances théoriques et pratiques dans la mise en œuvre du postulat de la CPS-E, d'autant plus que ce dernier ne se contente pas d'exiger une analyse juridique de la répartition des compétences, mais requiert une présentation de la situation actuelle dans le domaine de la communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale. Chargé du dossier, l'Office fédéral de la police (fedpol) a dès lors mis sur pied un groupe de travail réunissant des spécialistes issus de ses propres rangs, de l'Office fédéral de la justice (OFJ), du service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SCPT) et du Service de renseignement de la Confédération (SRC).

Les questions soulevées dans le postulat de la CPS-E concernent des aspects importants de la sécurité intérieure qui relèvent principalement de la compétence des cantons. C'est pourquoi les cantons ont été entendus dans le cadre d'une consultation informelle de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP).

1.2 Mandat et contenu

Le postulat de la Commission de la CPS-E charge le Conseil fédéral de présenter dans un rapport des mesures possibles pour mettre en œuvre l'initiative déposée par le canton de Berne.

La première partie du rapport comprend une analyse de la situation actuelle et une présentation de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Dans un deuxième temps, il décrit les compétences des cantons en ce qui concerne la communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale et aborde la problématique des droits fondamentaux qui s'y rapporte. Enfin, il traite la question de la compétence de la Confédération pour ce qui est d'autoriser la surveillance de la correspondance par télécommunication.

Le but du présent rapport est de fournir une vue d'ensemble des compétences cantonales et fédérales actuelles, tout en mettant l'accent sur les aspects développés dans le postulat et l'initiative cantonale.

1.2.1 Corrélations avec d'autres rapports et projets

Au niveau fédéral, la question de la sécurité en rapport avec Internet a déjà été examinée dans plusieurs projets ainsi que par un groupe de travail interdépartemental. Les résultats de ces travaux ont servi de fil conducteur à l'élaboration du présent rapport. Les projets les plus importants et les résultats (provisoires) des analyses du groupe de travail interdépartemental sont présentés ci-après.

1.2.1.1 Révision de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication

Le 27 février 2013, le Conseil fédéral a soumis au Parlement le message et le projet de loi portant sur la révision totale de la loi fédérale sur la surveillance de

la correspondance par poste et télécommunication (ci-après P-LSCPT)¹. La révision de la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT; RS 780.1) vise à faire en sorte que les surveillances nécessaires de la correspondance par poste et télécommunication ne puissent pas être tenues en échec par l'utilisation de nouvelles technologies (comme la téléphonie par Internet cryptée). Pour ce faire, il est prévu d'adapter la LSCPT à l'évolution technologique de ces dernières années et, dans la mesure du possible, aux développements futurs prévisibles en la matière. L'objectif de la révision est d'améliorer la surveillance téléphonique, notamment celle des personnes fortement soupçonnées d'avoir commis des infractions graves. Un autre objectif est de d'avoir la possibilité d'effectuer des surveillances en dehors d'une procédure pénale dans le but de retrouver des personnes disparues ou de rechercher une personne en fuite. Le Conseil fédéral a soumis ce projet de loi à l'approbation du Parlement le 27 février 2013.

1.2.1.2 Loi sur le renseignement

La loi sur le renseignement (LRens) constituera la nouvelle base légale du service de renseignement civil en Suisse. Elle règle l'activité du SRC en Suisse et à l'étranger, ses limites et son contrôle et crée les conditions nécessaires pour détecter à temps et prévenir les menaces mettant en danger la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse. Elle peut également être appliquée, sous certaines conditions, à la sauvegarde d'intérêts nationaux comme la protection d'infrastructures critiques ou de la place financière et économique, ainsi qu'en cas d'enlèvements de citoyens suisses à l'étranger. De nouvelles mesures de recherche d'informations ont notamment été introduites, comme la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication dans les domaines du terrorisme, de l'espionnage, de la prolifération d'armes de destruction massives et des attaques visant des infrastructures critiques ou des intérêts essentiels de la Suisse. Le 19 février 2014, le Conseil fédéral a approuvé et soumis le message² et le projet de loi au Parlement.

1.2.1.3 Groupe de travail interdépartemental sur la responsabilité des prestataires Internet

Un groupe de travail interdépartemental sur la responsabilité des prestataires Internet examine actuellement s'il y a nécessité de légiférer au niveau du droit civil. Il explore pour ce faire les bases légales concernant la responsabilité civile des prestataires Internet notamment dans le domaine des droits de la personnalité, des droits de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. Le groupe de travail examine tous les aspects de la responsabilité civile (par ex. l'action en suppression, en cessation ou en dommages-intérêts) et, le cas échéant, réalisera d'ici la fin de l'année 2015 un projet à mettre en consultation.

¹ Message concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), FF **2013** 2379 ss, projet de loi FF **2013** 2483 ss.

² Cf. message concernant la loi sur le renseignement, FF **2014** 2029 ss.

2. Communication d'adresses IP *de lege lata* et *de lege ferenda*

2.1 Possibilités sur la base du CPP et de la LSCPT

La Confédération règle les modalités de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication dans la LSCPT. Les conditions pour mener une surveillance dans le cadre d'une procédure pénale sont dictées par les art. 269 ss du code de procédure pénale (CPP; RS 312.0).

2.1.1. Possibilités en dehors d'une procédure pénale – recherche de personnes disparues (art. 1 et 3 LSCPT)

L'art. 3, al. 1, de la LSCPT, en relation avec l'art. 1, al. 1, let. c, LSCPT donne la possibilité d'ordonner une mesure de surveillance en dehors d'une procédure pénale en vue de retrouver une personne disparue impossible à localiser, lorsque des indices sérieux donnent lieu de penser que sa santé ou sa vie sont gravement menacées. Dans ce cas, il est également possible d'obtenir des données relatives à des tiers non impliqués. Il s'agit là d'une situation analogue à l'état de nécessité, dans lequel le bien juridique suprême garanti par le code pénal est en danger imminent et doit être sauvé. Toute surveillance en temps réel est exclue (c.-à-d. que les contenus des communications ne peuvent en aucun cas être transmis). La possibilité d'ordonner une telle mesure de surveillance est la seule exception, *de lege data*, au principe selon lequel une surveillance ne peut être ordonnée que dans le cadre d'une procédure pénale de la Confédération ou des cantons.

2.1.2 Possibilités dans le cadre d'une procédure pénale – renseignements visant à identifier les auteurs d'infractions sur Internet selon l'art. 14, al. 4, LSCPT

Avant de traiter l'art. 14 LSCPT, une analyse du champ d'application personnel de l'actuelle LSCPT s'impose.

Conformément à l'art. 1, al. 2, LSCPT, la loi s'applique uniquement aux exploitants de réseaux de télécommunication internes et de centraux domestiques, aux organismes qui fournissent des services postaux ou de télécommunication ainsi qu'aux fournisseurs d'accès à Internet.

Les fournisseurs de services de communication dérivés (par ex. les réseaux sociaux comme Facebook) ne tombent pas dans le champ d'application personnel de la LSCPT et ne sont pas non plus soumis à ses obligations. Ils proposent des services mais utilisent les infrastructures des fournisseurs de services de télécommunication pour transférer des données (ou les infrastructures des fournisseurs d'accès à Internet pour ce qui est des services proposés en ligne). Un fournisseur d'accès à Internet n'a pas la possibilité technique, à lui seul, d'accéder aux données permettant par exemple d'identifier l'auteur d'une publication sur un réseau social. Pour ce faire, il lui faudrait disposer de données supplémentaires provenant du fournisseur de services de communication dérivés³. Or le service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et

³ Cela dit, il est envisageable que le ministère public puisse séquestrer de telles informations.

télécommunication (service SCPT) ne peut pas accéder à ces données *de lege data* étant donné que ces fournisseurs ne sont pas soumis à la LSCPT.

La communication d'adresses IP dans le but d'identifier des auteurs d'infractions sur Internet est réglée à l'art. 14, al. 4, LSCPT.

Pour obtenir l'identité de ces personnes, les autorités de poursuite pénale déposent une demande auprès du fournisseur d'accès à Internet afin de déterminer quelle adresse IP dynamique ils ont attribué à quelle connexion à Internet à un moment donné⁴.

Contrairement aux adresses IP statiques, les adresses IP dynamiques font partie des données secondaires de la correspondance par Internet⁵. Les données secondaires ne comprennent pas de contenus de communications: elles se contentent d'indiquer qui a communiqué avec qui à quel endroit et pendant combien de temps. Ces données secondaires doivent être conservées pendant six mois selon l'art. 15, al. 3, LSCPT. Elles ne peuvent être transmises et analysées que sur l'ordre du ministère public et avec l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte. L'ordre et l'autorisation de transmission ne peuvent être donnés que pour les procédures pénales menées suite à un crime ou à un délit et dans le respect du principe de proportionnalité (art. 273 CPP). Pour ce qui est des procédures pénales menées suite à une contravention, les données ne peuvent pas être collectées ni analysées (la seule exception étant l'utilisation abusive d'une installation de télécommunication au sens de l'art. 179^{septies} CP).

L'art. 14, al. 4, LSCPT, déroge à ce principe de l'art. 273 CPP à titre de loi spéciale⁶. Lorsqu'il s'agit d'identifier l'auteur d'une infraction commise par le biais d'Internet, ces données secondaires peuvent être transmises et analysées sans ordre du procureur ni autorisation du tribunal des mesures de contrainte⁷. Contrairement à l'art. 273 CPP, l'art. 14, al. 4 n'établit pas de distinction entre les types d'infraction: l'identification d'un usager peut donc être demandée même pour une contravention (mais seulement dans le cas d'infractions commises par le biais d'Internet)⁸.

⁴ Concernant la fonction des adresses IP dynamiques, voir notamment l'ATF 136 II 508, 514 s.

⁵ Thomas Hansjakob, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [ci-après *Kommentar BÜPF*], chap. sur l'art. 14 LSCPT, n. 26.

⁶ Cf. ATF 139 IV 98; cette décision porte en première ligne sur la question de la dimension temporelle, et non sur la question de la procédure d'autorisation abordée ici. Cette décision a été par la suite relativisée par le Tribunal fédéral.

⁷ Décision de la Commission de recours du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) du 27 avril 2004 dans la procédure de recours J-2003-162 (Fob) consid. 6.2.1 ss (consultable sur www.rekoinum.ch/dokumente/114010669724120.pdf) avec des informations sur la genèse de l'art. 14, al. 4, LSCPT. A. A. Trechsel/Lieber, StGB Praxiskommentar, art. 179^{octies} n. 5 avec renvoi à l'ATF 126 I 60. Les services habilités à fournir des renseignements sont nommés à l'art. 14, al. 2 et 2^{bis}, LSCPT. Voir cependant aussi l'arrêt du TF 1B 344/2014 consid. 5.1, où le TF a exposé que si les autorités de poursuite pénale ont eu connaissance uniquement d'activités de communication punissables sur Internet (par exemple des publications sur les réseaux sociaux) et qu'il s'agit d'identifier les usagers par le biais des données secondaires de connexion à Internet ("historique IP"), la surveillance est soumise aux dispositions de l'art. 273 CPP (voir cependant aussi le message de la LSCPT, FF 2013 2379, 2438; ATF 126 I 50 consid. 5 à 6, p.60 à 67, voir aussi plus bas, ch. 2.1.4.

⁸ Hansjakob, *Kommentar BÜPF*, art. 14 LSCPT, n. 23.

En cas de provocation publique au crime au sens de l'art. 259, al. 1, CP, il est possible de procéder non seulement à l'identification de l'utilisateur, mais aussi à une surveillance en temps réel ou une surveillance du contenu de la correspondance par poste et télécommunication, et donc aussi de la correspondance par Internet (cf. aussi art. 269, al. 2, let. a, CPP)⁹. Les données secondaires peuvent elles aussi être exigées en vertu de l'art. 273 CPP (mais il convient de consulter à ce sujet les explications concernant le champ d'application de l'art. 1 LSCPT). Lors d'une provocation publique à un délit impliquant la violence contre autrui ou contre des biens au sens de l'art. 259, al. 2, CP, seules les données secondaires peuvent être exigées, et ce seulement dans la mesure où les conditions de l'art. 269, al. 1, let. b et c, CPP, sont remplies.

L'appel à participer à une manifestation non autorisée sans incitation à commettre des infractions n'est en revanche pas considéré comme une infraction selon le code pénal suisse. L'appel à participer à une manifestation spontanée non autorisée peut par contre enfreindre une norme de droit pénal cantonal ou une disposition pénale dans un règlement communal, comme l'art. 8, al. 1, let. b, du règlement concernant les manifestations dans les lieux publics de la ville de Berne. Au vu du principe de proportionnalité, il semble cependant exclu qu'une telle contravention suffise à justifier une identification en vertu de l'art. 14, al. 4, car il s'agit d'informations soumises au secret des télécommunications garanti par la Constitution¹⁰.

Selon l'art. 14, al. 2, let. b, LSCPT, la demande d'identification peut être émise par fedpol ou par les commandements des polices cantonales ou municipales. Les autorités de police peuvent émettre de telles demandes en vertu de l'art. 14, al. 4, LSCPT dans le but de remplir des tâches de police¹¹.

2.1.3 *De lege ferenda*: renseignements visant à identifier les auteurs d'infractions sur Internet (art. 22 P-LSCPT)

Comme mentionné au ch. 1.2.1.1, le Conseil fédéral a soumis au Parlement le message et le projet de loi portant sur la révision totale de la LSCPT le 27 février 2013. Le projet fait actuellement l'objet de délibérations parlementaires.

L'art. 22 P-LSCPT (renseignements visant à identifier les auteurs d'infractions sur Internet) reprend pour l'essentiel l'art. 14, al. 4, de la LSCPT actuelle. Les divergences entre l'art. 22, al. 1, P-LSCPT et l'art. 14, al. 4, LSCPT sont principalement de nature rédactionnelle; le projet du Conseil fédéral ne crée pas de changements du point de vue matériel. C'est pourquoi nous renvoyons aux explications fournies au ch. 2.1.2 ci-dessus. Il convient de mentionner que ce type d'identification des utilisateurs n'est possible que dans le cadre de procédures pénales (nécessité d'un soupçon d'infraction).

⁹ Si des soupçons graves pèsent contre une personne précise et que la gravité de la provocation publique justifie une surveillance, que les recherches menées jusqu'alors sont restées sans succès ou que des investigations n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

¹⁰ ATF 136 II 508; cf. en particulier aussi l'arrêt du TF 1B_344/2014.

¹¹ Hansjakob, Kommentar BÜPF, art. 14 LSCPT, n. 18; l'auteur souligne ici le fait que la réglementation est générale, étant donné que les tâches de police ne sont pas assumées uniquement en relation avec des procédures pénales.

Parmi les éléments nouveaux, on trouve les al. 3 et 4 de l'art. 22 P-LSCPT; ces nouvelles dispositions sont une conséquence de l'élargissement du champ d'application personnel et portent sur les "fournisseurs de services de communication dérivés"¹². Ces fournisseurs (par ex. les purs fournisseurs de services e-mail, les fournisseurs d'hébergement ou les réseaux sociaux comme Facebook) ne proposent pas de services de télécommunications classiques étant donné qu'ils ne transfèrent pas eux-mêmes les données¹³. Ils disposent cependant eux aussi d'informations susceptibles d'être utiles pour l'identification d'auteurs d'infractions sur Internet (en particulier les adresses IP). L'art. 22, al. 3, P-LSCPT établit que les fournisseurs de services de communication dérivés doivent fournir les indications dont ils disposent, ce qui constitue une évidence du point de vue de la procédure pénale. Le Conseil fédéral peut cependant arriver à la conclusion que cette réglementation n'est pas suffisante pour permettre une identification efficace des auteurs d'actes punissables commis par Internet. C'est pourquoi l'al. 4 lui permet, à des conditions restrictives, d'obliger les fournisseurs importants de services de communication dérivés à fournir des indications supplémentaires, sur le modèle de celles que les fournisseurs de services de télécommunication doivent fournir. De cette manière, les fournisseurs de services de communications dérivés peuvent être obligés à conserver certaines données.

Cependant, en vertu du principe de territorialité, la législation suisse ne peut pas être appliquée à de nombreux fournisseurs importants de services de communications dérivés si leur siège et leurs infrastructures se trouvent à l'étranger¹⁴.

Pour des informations plus détaillées à ce sujet, cf. le message P-LSCPT (FF 2013 2432).

2.1.4 *De lege ferenda*: recherche en cas d'urgence et recherche de personnes condamnées (art. 35 et 36 P-LSCPT)

L'art. 35 P-LSCPT règle la recherche de personnes disparues en cas d'urgence. Contrairement à la législation en vigueur¹⁵, l'al. 1 P-LSCPT ne limite pas les moyens de la recherche d'urgence à l'identification des usagers et aux données relatives au trafic (données secondaires): désormais, il sera également possible de prendre connaissance du contenu des communications.

La condition de l'impossibilité de localiser la personne disparue, qui figure dans le droit actuel¹⁶, est complétée à l'al. 2 par celle de la difficulté excessive.

Pour la recherche en cas d'urgence, l'al. 3 prévoit désormais aussi, à certaines conditions, l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (en particulier les IMSI-catchers) conformément à l'art. 269^{bis} CCP, qui permet l'identification d'appareils mobiles de communication. Ces dispositifs sont susceptibles de permettre de retrouver une personne disparue même lorsque les mesures de

¹² Cf. art. 2, let. c, P-LSCPT

¹³ Cf. le commentaire détaillé dans le message du P-LSCPT, 2403 s.

¹⁴ C.f. arrêt du TF 1B_344/2014 du 14 janvier 2015, dans lequel le Tribunal fédéral a décidé entre autres qu'il convenait d'emprunter la voie de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale en ce qui concerne la collecte de données aux Etats-Unis envisagée par le ministère public (ou surveillances rétroactives).

¹⁵ Cf. art. 3, al. 1, LSCPT

¹⁶ Cf. art. 3, al. 2, LSCPT

surveillance de la correspondance par télécommunication classiques se sont révélées inopérantes.

Conformément à l'al. 4 il sera possible, comme cela était déjà prévu dans la loi actuelle¹⁷, en conformité avec le principe de la proportionnalité, de surveiller non seulement la correspondance de la personne recherchée, mais aussi, le cas échéant, celle d'un tiers non impliqué.

Pour des informations plus détaillées à ce sujet, cf. le message P-LSCPT (FF 2013 2449 ss).

L'art. 36 P-LSCPT règle la recherche de personnes condamnées. Cette nouvelle disposition prévoit la possibilité d'avoir recours à une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication pour rechercher une personne condamnée à une peine privative de liberté ou qui fait l'objet d'une mesure entraînant une privation de liberté, sur la base d'un jugement définitif et exécutoire. Si la procédure est à ce stade déjà terminée du point de vue formel, la pertinence du point de vue pénal est quant à elle encore indubitablement donnée.

Conformément à l'al. 1, la surveillance liée à une recherche – comme pour la recherche en cas d'urgence¹⁸ – est subsidiaire aux autres mesures qui peuvent être prises pour retrouver la personne en fuite. La surveillance visée à l'art. 36 permet d'obtenir non seulement des données secondaires, mais aussi le contenu des envois et des communications, étant donné qu'il est susceptible de donner des renseignements sur le lieu où se trouve la personne disparue. Il n'y a pas de durée minimale prévue concernant la peine privative de liberté à partir de laquelle une surveillance peut être ordonnée. L'autorité compétente devra cependant décider d'ordonner ou non une surveillance en se basant sur le principe de la proportionnalité, en tenant compte des éléments suivants: la durée de la peine, l'infraction, l'éventuelle dangerosité de la personne en fuite et le coût de la surveillance envisagée.

Pour ce type de recherche, il est également possible en vertu de l'al. 2 de recourir à l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (notamment les IMSI-catchers).

Comme pour la recherche en cas d'urgence, l'al. 3 permet, dans le respect du principe de la proportionnalité, de surveiller non seulement la correspondance de la personne en fuite, mais aussi celle d'un tiers non impliqué.

Pour des informations plus détaillées à ce sujet, cf. le message P-LSCPT (FF 2013 2450 ss).

2.2 Possibilités fondées sur la LMSI et sur la LRens

2.2.1 Renseignements sur des adresses d'utilisateurs (art. 13, al. 1^{bis}, LMSI, art. 24, al. 2, P-LRens)

L'art. 13 de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI; RS 120) énumère les autorités et offices qui sont tenus de fournir des renseignements au SRC. L'al. 1 liste les autorités et

¹⁷ Cf. art. 3, al. 1, LSCPT

¹⁸ Cf. art. 35, al. 2, let. a, P-LSCPT

offices tenus de fournir des renseignements (par ex. organes des gardes-frontière et des douanes ou contrôles des habitants). L'al. 1^{bis} complète cette énumération par le service SCPT, un ajout rendu nécessaire par le fait qu'après le transfert au DDPS des tâches de renseignement auparavant assumées par fedpol, donc le DFJP, plus aucune base légale explicite ne les sous-tendait (puisqu'elles ne relevaient plus de fedpol) et qu'il a donc fallu en recréer une. Une approche autonome a été consciemment choisie à cette fin, pour souligner la distinction entre d'une part les autorités de poursuite pénale et d'autre part le SRC en tant qu'autorité active au niveau préventif. En outre, le droit d'accès est limité à l'accomplissement de tâches relevant du service de renseignement (cf. message complémentaire relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ["LMSI II réduite"]; FF 2010 7176 ss). L'organe ou l'office tenu de fournir des renseignements est le service SCPT. Les particuliers ne sont pas soumis à cette obligation.

L'art. 24, al. 2, P-LRens reprend les règles de l'art. 13, al. 1^{bis}, LMSI et ne va pas au-delà quant au contenu. Le renvoi à l'art. 14, al. 2, LSCPT permet la collecte d'information sur des raccordements (ressources d'adressage, etc.) par l'intermédiaire du service SCPT. Il s'agit dans ce cas d'informations non soumises au secret des télécommunications.

2.2.2 Surveillance soumise à autorisation en vertu de l'art. 25, al. 1, let. a, P-LRens

La LRens régit l'activité du SRC dans le domaine de la politique de la sécurité et en vue de sauvegarder d'autres intérêts essentiels de la Suisse. L'art. 3 P-LRens permet au Conseil fédéral lors de situations particulières de charger le SRC de rechercher et d'analyser des informations et, le cas échéant, de déployer des activités opérationnelles allant au-delà de son mandat légal ordinaire. Conformément à l'art. 70 P-LRens, une décision spéciale du Conseil fédéral est requise à cet effet: la mission de base définie par le Conseil fédéral (art. 69, al. 1, let. a, P-LRens) ou la liste d'observation fixée par le Conseil fédéral (art. 71 P-LRens) ne suffisent pas pour de telles missions. Le SRC n'est donc pas autorisé à prendre de son propre chef ou sur la base des instruments de conduite ordinaires (mission de base ou liste d'observation) des mesures supplémentaires de sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse au sens de l'art. 3 P-LRens. La décision du Conseil fédéral ne donne pas non plus au SRC de compétences particulières allant au-delà de celles qui lui sont conférées par la loi. Les activités de recherche d'informations sont donc soumises aux dispositions légales, en particulier pour la mise en œuvre des mesures soumises à autorisation (art. 25 ss P-LRens): celles-ci doivent être demandées par la procédure ordinaire et doivent être justifiées. Il en résulte que, dans le cadre d'une décision du Conseil fédéral selon l'art. 3 P-LRens, aucune mesure de recherche d'informations allant au-delà des possibilités de surveillance légalement régies ne peut être ordonnée. La surveillance de la correspondance par télécommunication notamment se conforme, dans ce cas également, à la LSCPT (cf. explications ci-dessous concernant l'art. 25, al. 1, let. a, P-LRens). Le Conseil fédéral peut en revanche décider de fixer des limitations et par exemple exclure certaines mesures de recherche pour sauvegarder d'autres intérêts essentiels de la Suisse.

L'art. 25, al. 1, let. a, P-LRens permet au SRC d'ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication selon les dispositions de la LSCPT. Contrairement aux autorités de poursuite pénale, qui font appel à ce type de mesures dans le cadre d'une procédure pénale visant à prouver la culpabilité de l'auteur (objectif répressif), le SRC ne les ordonne qu'à des fins préventives, en vue d'identifier suffisamment tôt les menaces pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. Si le SRC, au cours de ses recherches, soupçonne des infractions poursuivies d'office, il est tenu d'en informer les autorités de poursuite pénale.

Le texte de loi selon le message renvoie aux types de surveillance prévus dans la LSCPT, facilitant ainsi la coordination avec cette loi en cours de révision totale et avec ses éventuels développements. Comme pour la poursuite pénale, l'exécution des surveillances se fait par l'intermédiaire du service SCPT. L'ampleur des obligations légales des fournisseurs d'effectuer certaines mesures, notamment la divulgation discutée ici d'adresses IP en lien avec la communication sur des réseaux sociaux, se conforme aux résultats de la révision totale de la LSCPT.

L'ordonnance de mesures de recherche soumises à autorisation doit obéir aux conditions fixées à l'art. 26 P-LRens. Dans le présent contexte, il importe que ces mesures ne soient autorisées que si les conditions suivantes sont réunies: il existe une menace concrète relevant soit du terrorisme, de l'espionnage, de la prolifération d'armes de destruction massive, du commerce illégal de substances radioactives, de matériel de guerre et d'autres biens d'armements soit d'attaques visant des infrastructures critiques, ou un mandat visant à la sauvegarde des autres intérêts essentiels de la Suisse a été donné; la gravité de la menace le justifie; la recherche d'informations est jusqu'à présent restée vaine et, sans recours à une mesure soumise à autorisation, elle n'aurait aucune chance d'aboutir ou serait excessivement difficile. La LRens n'offre aucun moyen d'empêcher ou d'éclaircir des perturbations de l'ordre et de la sécurité publics.

Pour résumer, il faut retenir que les possibilités de surveillance et de renseignement prévues dans la LRens en matière de télécommunications se conformeront à la LSCPT, peu importe que la révision totale entre un jour en vigueur ou non. Sont nécessaires soit des adaptations de la LSCPT existante soit des adaptations de la LSCPT applicable après l'éventuelle entrée en vigueur de la révision totale (cf. message concernant la LRens, commentaires concernant la modification d'autres actes, p. 2144 à 2146) pour mettre en œuvre les compétences accrues selon la LRens. Comme les possibilités élargies de surveillance des télécommunications dont dispose le SRC se conforment elles aussi à la LSCPT, ce dernier n'est pas autorisé à accéder à des adresses IP selon la LSCPT en vigueur. Dans le cas où la révision totale de la LSCPT entrerait en vigueur selon la version actuelle, les "fournisseurs de services de communication dérivés" seraient eux aussi concernés par la possibilité de surveillance, ce qui autoriserait le SRC lui aussi à accéder à des adresses IP, la mise en œuvre de cette possibilité étant toutefois rendue difficile, comme expliqué à la p. 2403 du message concernant la LSCPT (entreprises concernées ayant leur siège à l'étranger, etc.).

3. Compétences constitutionnelles en lien avec la communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale

3.1 Contexte

En vertu de l'art. 57, al. 1, Cst., la Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives. La norme constitutionnelle dispose que les deux échelons étatiques doivent accomplir certaines tâches dans le domaine de la sécurité du pays et de la protection de la population. En revanche, l'art. 57, al. 1, Cst. ne précise pas quelles sont ces tâches et quel échelon de l'Etat est compétent pour quel sous-domaine de ce mandat. Cela signifie qu'une autre norme constitutionnelle explicite ou implicite doit octroyer à la Confédération des compétences dans le domaine de la sécurité pour qu'elle puisse agir en la matière. En l'absence d'une attribution de compétences constitutionnelles à la Confédération, la responsabilité incombe en premier lieu aux cantons.

La Constitution contient diverses dispositions qui attribuent expressément à la Confédération des compétences législatives pertinentes pour certains domaines sectoriels ou certains aspects de la sécurité intérieure¹⁹. Il est en outre admis que la Confédération, en vertu de bases constitutionnelles implicites (compétences dites inhérentes), est habilitée à prendre les mesures nécessaires à la protection de ses organes et institutions, pour autant qu'il s'agisse de prévenir les dangers existentiels qui menacent l'Etat. A quoi s'ajoutent d'autres dispositions constitutionnelles qui octroient à la Confédération des compétences législatives globales dans un domaine et lui permettent ainsi de régler dans des législations sectorielles des aspects liés à la sécurité intérieure²⁰.

Selon l'art. 57, al. 2, Cst., la Confédération et les cantons sont tenus de coordonner leurs efforts en matière de sécurité intérieure. Les interrogations sur le sens et la portée de cette norme n'ont pas encore reçu de réponse définitive. L'art. 57, al. 2, Cst. ne contient dans sa teneur aucune attribution explicite de compétences à la Confédération. Selon la pratique constante du Conseil fédéral, cette disposition constitutionnelle ne se borne pas à imposer un devoir de coordination; du point de vue du Conseil fédéral, elle attribue également une compétence, bien que de façon limitée. Une compétence législative de la Confédération liée au devoir de coordination précisé à l'art. 57, al. 2, Cst. n'intervient toutefois que s'il s'agit de questions de sécurité relevant au moins en partie de son domaine de compétence et nécessitant une coordination impliquant à son sens sa participation. Cependant, la compétence de la Confédération ne peut ici pas être que d'ordre marginal. Si ces conditions sont réunies, la Confédération peut, en se fondant sur la compétence législative dérivée de l'art. 57, al. 2, Cst., régler également des aspects relevant du domaine de compétence des cantons.

¹⁹ Cf. par ex. art. 58, al. 2 et 3, art. 61, art. 123, art. 173, al. 1, let. b et c, et art. 185, al. 3, Cst.

²⁰ Par ex. l'art. 87 Cst. (Transports), qui a valeur de base constitutionnelle pour la police ferroviaire régie par le droit fédéral.

3.2 Compétences constitutionnelles dans le domaine de la police

Le droit policier au sens strict relève indubitablement des compétences-clés des cantons (souveraineté originelle des cantons en matière de police²¹): les cantons disposent sur leur territoire d'une compétence globale en matière de police criminelle et de sécurité²². En conséquence, il leur incombe par principe de prévenir les menaces pour la sécurité et l'ordre publics et d'éliminer les perturbations. Selon la conception récente, la défense policière comprend également la prévention des risques, qui vise, par une action préventive, à réduire ou à écarter les menaces. Les tâches de police servant à détecter et à élucider les infractions commises relèvent elles aussi de la compétence cantonale, pour autant que cette activité soit déployée durant la phase de l'enquête préliminaire. Dès qu'un soupçon suffisant justifie l'ouverture d'une procédure pénale, les activités policières relèvent de la police judiciaire et sont régies par le droit fédéral – à savoir le code de procédure pénale.

La présente initiative demande que les adresses IP d'organisateur appelant à participer à des manifestations et des événements de grande envergure dangereux puissent être communiquées à titre préventif. L'identité des organisateurs doit ainsi être révélée en amont de tels événements, même en l'absence d'une provocation à la violence (cf. art. 259 CP) et, à ce moment-là, d'une infraction au code pénal. L'objectif déclaré de la réglementation dont il est question ici est la création de possibilités de contacts avec les organisateurs anonymes pour conclure un accord contraignant quant au déroulement de l'événement annoncé et clarifier au préalable d'éventuelles questions de responsabilité. Ceci devrait garantir un déroulement sans heurts et une réduction des risques lors de manifestations et autres événements. La mesure soumise à la discussion doit ainsi être comprise comme un instrument de prévention des risques en vue de protéger les biens de police classiques. Une réglementation en ce sens relèverait clairement du droit policier matériel.

3.3 Répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en cas de communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale

Comme mentionné plus haut, le pouvoir d'édicter des réglementations de droit policier appartient en premier lieu aux cantons. A première vue, une réglementation de droit fédéral semble donc exclue dans le cas présent. Cependant, compte tenu de son caractère technique, la mesure préventive de police postulée touche aussi à une compétence fédérale importante: les organisateurs de manifestations et autres événements publics ne peuvent être identifiés que si le secret des télécommunications est levé. En vertu de l'art. 92, al. 1, Cst., les services postaux et les télécommunications relèvent de la compétence de la Confédération, et il est admis que cette disposition constitutionnelle englobe également les

²¹ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 239.

²² Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat Malama 10.3045 du 3 mars 2010. Sécurité intérieure. Clarification des compétences, FF 2012 4161 ss.

aspects techniques de la communication sur Internet²³. Selon la doctrine, l'art. 92 Cst. est une compétence globale exclusive de la Confédération²⁴.

Dans le contexte présent, ce sont ainsi des compétences globales des deux échelons de l'Etat qui entrent en jeu: la souveraineté incontestée des cantons en matière de police d'une part, et la compétence de la Confédération dans le domaine des télécommunications d'autre part. Quand il s'agit de l'activité policière effective, la compétence des cantons est établie; quand il s'agit de la mise en œuvre technique de l'identification des participants ou des usagers, l'art. 92, al. 1, Cst. – en relation avec l'art. 57, al. 2, Cst. – peut être invoqué. En revanche, il ne semble pas indiqué de prendre appui sur l'art. 123, al. 1, Cst.: au stade où la mesure policière de prévention en question doit être prise, aucune infraction au code pénal n'a généralement encore été commise, et un lien substantiel avec le droit pénal fait donc défaut. De même, la Confédération ne peut pas non plus légiférer sur la base de l'art. 123, al. 1, Cst. en sanctionnant l'appel à des manifestations non autorisées et en intégrant l'infraction au catalogue de l'art. 273 CPP. La norme pénale à promulguer relèverait du droit pénal administratif, d'autant que l'acte constitutif de l'infraction n'est pas punissable en soi, mais qu'il ne l'est qu'en lien avec une violation de certaines obligations ou interdictions du droit administratif, en l'occurrence en lien avec une violation de normes du droit policier au niveau communal ou cantonal. La compétence afférente à la sanction de telles infractions se fonde sur la compétence spécifique concernée. Dans un domaine comme celui du droit policier, où la Confédération ne dispose que de compétence législative spécifique, elle ne dispose pas en général de celle d'édicter des normes pénales visant à mettre en œuvre le droit administratif. C'est pourquoi les éléments constitutifs de l'infraction (de la contravention) figurent dans le droit de réunion au niveau tant communal que cantonal de l'Etat fédéral.

Du point de vue des compétences légales, la Confédération est ainsi habilitée à exploiter un système de surveillance des télécommunications en vue d'exécuter la tâche policière mentionnée. En revanche, il appartient par principe aux cantons de statuer sur les conditions applicables à l'utilisation de l'instrument. Dans leur législation sur la police, les cantons doivent notamment régler les cas, les conditions et la procédure dans lesquels l'identification des organisateurs de manifestations peut être ordonnée par l'autorité cantonale compétente. Vu la portée de cette mesure pour ce qui est des droits fondamentaux, une réglementation au niveau d'une loi formelle (cantonale) semble indispensable. La procédure esquissée s'impose notamment en raison de l'art. 5a et de l'art. 43a, al. 1, Cst.: l'exercice de compétences fédérales doit obéir au principe de subsidiarité, selon lequel la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une solution uniforme valable pour l'ensemble de la Suisse. En revanche, des tâches relevant des domaines d'activités originels des cantons peuvent être réglées par des conventions intercantionales (art. 48 Cst.) si une certaine uniformisation du droit est nécessaire. Une telle approche serait également indiquée dans le présent cas.

²³ Hettich/Steiner, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 92 Cst., n. 5.

²⁴ Hettich/Steiner, St. Galler Kommentar, op. cit., art. 92, n. 4; Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e éd., Berne 2011, § 20, n. 32; Au-er/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3^e éd., Berne 2013, n. 1052.

4. Réglementation visant à lever l'anonymat des personnes appelant à manifester

4.1 Contexte

Selon les explications données au ch. 3, l'édition de réglementations relevant du droit policier est en premier lieu du ressort des cantons. Dans le présent contexte, cela signifie que la compétence des cantons entre en jeu là où il s'agit de l'activité policière effective. Quand il s'agit de la mise en œuvre technique de l'identification des participants ou des usagers, l'art. 92, al. 1, Cst. – en relation avec l'art. 57, al. 2, Cst. – pourrait être invoqué, et la Confédération pourrait légalement être chargée d'exploiter à cette fin un système de surveillance des télécommunications. Les normes que la Confédération devrait alors édicter se limiteraient pour l'essentiel aux règles nécessaires à l'exploitation du système et à son financement ainsi qu'à la définition des modalités d'accès. En revanche, toutes les autres dispositions devraient être réglées par les cantons, de préférence au niveau concordataire. La mise en évidence des mesures législatives qui devraient être prises par la Confédération et les cantons au cas par cas dépasserait le cadre du présent rapport. Toujours est-il que le Conseil fédéral a des doutes sérieux quant à la légalité d'un tel dessein, pour les raisons exposées ci-dessous.

4.2 Afférence de la mesure (notamment la communication d'adresses IP) aux droits fondamentaux

La levée de l'anonymat des organisateurs de manifestations touche à maints égards aux droits fondamentaux. Est d'abord concerné le droit à la sphère privée (art. 13 Cst.), notamment le droit à l'autodétermination en matière d'information (art. 13, al. 2, Cst.). Toutefois, les adresses IP sont aussi des ressources d'adressage au sens de la législation en matière de télécommunications (ATF 136 II 508, consid. 3.1). Les adresses IP dynamiques, étant des données de connexion, tombent sous le coup du secret des télécommunications²⁵.

La *liberté de réunion* (art. 22 Cst.) est elle aussi concernée. Elle interdit toute mesure étatique contre la participation ou la non-participation à une réunion ainsi que contre la convocation, l'organisation, la tenue ou l'animation d'une réunion²⁶. Les préparatifs, comme l'envoi d'invitations²⁷, même via Internet²⁸, sont aussi protégés par cette disposition. En revanche, les réunions non pacifiques ne sont pas protégées par l'art. 22 Cst.²⁹, pour autant que le déroulement non pacifique soit constaté en amont³⁰. Ainsi, une réunion ne peut être considérée comme non pacifique au simple motif qu'elle *pourrait* aboutir à des actes

²⁵ Hansjakob, Kommentar BÜPF, art. 14 BÜPF, n. 26 et arrêt du TF 1B_344/2014 du 14 janvier 2015 (publication prévue), consid. 5.1

²⁶ ATF 137 I 31, consid. 6.1, p. 44

²⁷ Christoph Errass, dans: St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 22, n. 25.

²⁸ Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22, n. 17.

²⁹ ATF 111 Ia 322, consid. 6a), p. 322

³⁰ Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22, n. 22 et 62.

illégaux ou à un déroulement hostile³¹. Une manifestation publique est en droit notamment d'être provocante³².

L'obligation d'autorisation et l'obligation d'annonce empiètent sur la liberté de réunion³³. Il doit en aller de même pour l'identification d'office des organisateurs de manifestations. La liberté de réunion peut en outre être entravée indirectement. C'est le cas si des mesures étatiques ont un effet dissuasif ou d'intimidation qui empêche les détenteurs de droits fondamentaux de jouir de la liberté de réunion³⁴. Il n'est pas exclu que la possibilité d'une identification d'office retienne les détenteurs de droits fondamentaux d'organiser des manifestations via Internet, de diffuser via les réseaux sociaux des appels en ce sens ou d'annoncer sur les réseaux sociaux sa participation à une manifestation.

Les manifestations faisant l'objet d'un appel public sont en outre protégées par la *liberté d'opinion* (art. 16 Cst.)³⁵, qui elle aussi peut être entravée indirectement par un effet dissuasif ou d'intimidation³⁶ comme pourrait le générer une identification d'office. Selon la nature de la manifestation, des droits fondamentaux spécifiques peuvent aussi être touchés, comme la *liberté de conscience et de croyance* (art. 15 Cst.), pour autant par exemple que l'exercice de la religion dans l'espace public soit concerné. Il conviendrait également de vérifier à quel point les droits fondamentaux des entreprises tenues de communiquer des données personnelles sont concernés; une atteinte à la *liberté économique* (art. 27 Cst.) ne peut pas être exclue³⁷.

4.3 Intérêt public

Il en va de l'intérêt public d'empêcher que des débordements violents et des infractions aient lieu dans le cadre de manifestations³⁸. Au regard des mesures de sécurité que la police doit prendre, il y a aussi un intérêt à être informé de la tenue de manifestations ainsi que de la nature et du déroulement de ces dernières³⁹. Si la levée de l'anonymat des organisateurs de manifestations a pour

³¹ ATF 111 Ia 322, consid. 6a), p. 323; Biaggini, Giovanni (2007): BV Kommentar. Zurich: Orell Füssli, art. 22 Cst., n. 10.

³² Arrêt de la CEDH n° 29221/95 et 29225/95 Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie du 2 octobre 2001., § 86.

³³ Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22, n. 53 et 62; arrêt du TF 1C_140/2008 du 17 mars 2009, consid. 8.

³⁴ Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22, n. 54.

³⁵ ATF 127 I 164, consid. 3a, p. 167

³⁶ Arrêt du TF 5A_888/2011 du 20 juin 2012, consid. 5.3

³⁷ Cf. à propos d'une obligation légale de renseigner de la part de transporteurs commerciaux Biaggini, Giovanni (2009): Verfassungsrechtliche Abklärung betreffend die Teilrevision des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (Vorlage "BWIS"), Gutachten vom Juni 2009. Dans: JAAC 4/2009 du 2 décembre 2009, p. 238 ss, ch. 3: "Das Erbringen von Transportdienstleistungen durch private Unternehmen ist durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) geschützt. Die Auskunftspflicht gewerblicher Transporteure (Art. 13c E-BWIS) tangiert die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit." ("La fourniture de prestations de transport par des entreprises privées est protégée par la liberté économique (art. 27 Cst.). L'obligation de renseigner à laquelle sont soumis les transporteurs commerciaux (art. 13c P-LMSI) touche à l'exercice libre d'une activité économique lucrative privée.")

³⁸ ATF 132 I 256, consid. 3 et 4, p. 259 ss; cf. aussi ATF 130 I 368, consid. 7.4, p. 383 s.

³⁹ Arrêt du TF 1C_140/2008 du 17 mars 2009, consid. 8.2

but d'empêcher les débordements violents et de prendre les mesures de sécurité nécessaires, elle relève alors aussi de l'intérêt public.

4.4 Proportionnalité

La proportionnalité d'une atteinte aux droits fondamentaux se justifie par son adéquation, sa nécessité et son caractère raisonnable pour les personnes concernées⁴⁰. Le droit policier accorde une grande importance au principe de proportionnalité⁴¹. La pesée des intérêts doit aussi dûment tenir compte du contenu idéal de la liberté de réunion et d'opinion⁴².

Une identification des organisateurs de manifestations permettrait aux autorités d'entrer en contact avec eux et de trouver un accord sur le déroulement de l'événement. Elle ne permettrait toutefois pas d'empêcher le *principal problème* que représentent les excès spontanés de violence, puisque l'influence des organisateurs sur les participants enclins à la violence est régulièrement restreinte ou que les actes de violence sont commis par des personnes tierces et ne peuvent être imputés à des participants à la réunion originelle. Il convient également de se demander si la levée de l'anonymat ne serait pas aussi l'occasion de discuter en amont des *questions de responsabilité*. La responsabilité civile relative à des dommages ne concerne pas l'organisateur d'une manifestation en tant que tel. Il serait inconciliable avec la liberté d'opinion et de réunion de tenir ce dernier, sans faute de sa part, responsable de tous les dommages découlant de débordements en lien avec la manifestation prévue ou sa suite⁴³. Une responsabilité de l'organisateur n'entre en jeu que s'il appelle lui-même à la violence, l'incite et, selon les circonstances, néglige certaines obligations de collaborer⁴⁴. Au regard de l'adéquation, il ne faut pas non plus oublier que, comme mentionné au ch. 2.1.3, d'importants fournisseurs de services de communication dérivés, ayant leur siège et leur infrastructure à l'étranger, ne peuvent pas tomber sous le coup du droit suisse (ou alors seulement au moyen de l'entraide judiciaire).

Souvent, la levée de l'anonymat ne pourrait être mise en œuvre suffisamment tôt pour que des mesures de police de sécurité soient prises en amont. Ce dernier problème ne rend toutefois pas inadéquate la levée de l'anonymat en soi.

Pour ce qui est de la *nécessité*, la question de moyens *plus souples* se pose. Une *sanction* des organisateurs pour violation des obligations légales d'autorisation et d'annonce n'est pas exclue⁴⁵. Le principe de nécessité exige cependant que les personnes qui doivent directement répondre de l'état contraire au droit de police fassent l'objet d'une mesure policière (*principe du perturbateur*)⁴⁶, ce qui s'ap-

⁴⁰ ATF 136 I 17, consid. 4.4, p. 26; ATF 140 I 2, consid. 9.2.2, p. 24

⁴¹ ATF 140 I 2, consid. 9.2.2, p. 24

⁴² ATF 138 I 274, consid. 2.2.2, p. 283

⁴³ Réponse du Conseil fédéral du 18 mai 2005 à la motion 05.3043 Jasmin Hutter-Hutter.

⁴⁴ Gander, Christine (2008): Sicherheit und Demonstrationen – Grenzen eines Grundrechts. Dans: Sicherheit & Recht 2/2008, p. 67 ss, 75; réponse du Conseil fédéral du 18 mai 2005 à la motion 05.3043 Jasmin Hutter-Hutter.

⁴⁵ Arrêt du TF 1C_225/2012 du 10 juillet 2013, consid. 5; Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22 Cst., n. 69; Gander, op. cit., 75.

⁴⁶ Tschannen, Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus (2014): Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne: Stämpfli, § 56, n. 28 s.

plique aussi en lien avec des réunions⁴⁷. Les débordements causés par des tiers ne doivent toutefois pas être imputés à l'organisateur s'il n'a pas lui-même participé aux violences ou s'il n'y a pas incité. Une qualification relevant du droit policier en tant que perturbateur ne semble cependant pas exclue si l'organisateur est *consciemment prêt à risquer* une perturbation de la sécurité publique ("auteur indirect")⁴⁸. Par là, il pourrait également y avoir comme conséquence très éloignée une imputation au sens du droit policier⁴⁹, ce qui nécessiterait dans tous les cas des indices *concrets* – aussi vu l'importance de la liberté de réunion et d'opinion dans la collectivité publique démocratique. Une absence de coopération permet certes de conclure qu'on ne peut compter sur la participation des organisateurs pour maintenir la sécurité publique⁵⁰, mais ne permet pas de prêter à l'organisateur *l'acceptation consciente* de l'éventualité que des personnes violentes participent à la manifestation.

Quant au *caractère raisonnable*, il faut penser que l'organisateur d'une réunion doit assumer une certaine responsabilité dans la mesure de ses possibilités pour empêcher des débordements violents et des abus⁵¹. Il existe également des obligations de collaborer, comme l'obligation d'informer les autorités en temps opportun ou une obligation de participer à des discussions visant à clarifier les questions relatives à la sécurité ou au choix de l'itinéraire⁵². Une identification d'office des organisateurs entraîne cependant une atteinte considérable à la sphère personnelle et à l'autodétermination en matière d'information (art. 13, al. 2, Cst.). Dans le même temps, la simple convocation à une réunion ou à une manifestation ne représente ni une infraction ni une menace directe pour la sécurité publique. Limiter la liberté de réunion ne peut être admis que si des menaces sont réellement à craindre, le simple fait que l'appel soit anonyme ne devant pas suffire. Ainsi, le principe du perturbateur joue aussi un rôle dans le cadre du *caractère raisonnable*⁵³. Comme indiqué plus haut, celui qui lance un appel anonyme à une manifestation ne pourrait qu'exceptionnellement être considéré comme perturbateur dans le sens du droit policier.

Il est donc permis de douter que la levée d'office de l'anonymat représente un moyen proportionné de prévenir les violences lors de manifestations ou de clarifier des questions de responsabilité. Elle présuppose en tout cas que des violences et des débordements doivent être redoutés de manière concrète et sérieuse, que l'organisateur soit considéré comme perturbateur sur la base d'indices concrets et qu'une prise de contact avec lui puisse effectivement

⁴⁷ Rhinow, René/Schefer, Markus (2009): Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e éd. augmentée Bâle: Helbing Lichtenhahn, n. 1701; Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22 Cst., n. 64.

⁴⁸ Tschannen/Zimmerli/Müller, op. cit., § 56, n. 33.

⁴⁹ Mohler, Markus H.F. (2012): Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz. Bâle: Helbing und Lichtenhahn, n. 713 et 719.

⁵⁰ ATF 132 I 256, consid. 4.4.3, p. 266

⁵¹ Arrêt du TF 1C_225/2012 du 10 juillet 2013, consid. 3.5; Errass, dans: St. Galler Kommentar, op. cit., art. 22 Cst., n. 39.

⁵² Cf. à propos des obligations de collaborer Errass, dans: St. Galler Kommentar, art. 22, n. 39; Gander, op. cit., 72; cf. aussi Wyss, Martin Philipp (2002): Appell und Abschreckung. Verfassungsrechtliche Beobachtungen zur Versammlungsfreiheit. Dans: ZBl 103/2002, 393 ss, 397; arrêt du TF 1P.53/2001 du 20 septembre 2001, consid. 2d/aa; arrêt du TF 1C_225/2012 du 10 juillet 2013, consid. 3.5; ATF 132 I 256, consid. 3, p. 260 et 4.4.3, p. 265 s.

⁵³ Cf. Mohler, op. cit., n. 713

contrer les menaces pour la sécurité publique. Il doit en outre être garanti que seul l'organisateur ou l'instigateur d'une réunion est identifié et non d'éventuels participants ou personnes qui ne font que transmettre un appel. En d'autres termes, une identification ne peut concerner que des personnes à l'origine d'un appel à une manifestation. D'autres personnes ne peuvent être considérées comme perturbateurs, et aussi au regard de potentiels effets d'intimidation, ne peuvent être identifiées en amont dans l'optique d'empêcher des risques⁵⁴. Enfin, il faut que des éléments concrets indiquent que l'organisateur ne se conformera pas à ses obligations de collaborer, notamment à ses obligations légales d'information.

5. Conclusions

Les réflexions, considérations et analyses ici développées sur la communication d'adresses IP en dehors d'une procédure pénale amènent les conclusions suivantes: entrent en jeu des compétences étendues au niveau tant cantonal (souveraineté des cantons en matière de police) que fédéral (compétence de la Confédération dans le domaine des télécommunications). Quand il s'agit de l'activité policière effective, la compétence des cantons est établie; quand il s'agit de la mise en œuvre technique de l'identification des participants ou des usagers, l'art. 92, al. 1, Cst. – en relation avec l'art. 57, al. 2, Cst. – peut être invoqué. Par contre, il appartient par principe aux cantons de statuer sur les conditions applicables à l'utilisation de l'instrument. Dans leur législation sur la police, les cantons doivent notamment régler les cas, les conditions et la procédure dans lesquels l'identification des organisateurs de manifestations peut être ordonnée par l'autorité cantonale compétente. Vu la portée de cette mesure pour ce qui est des droits fondamentaux, une réglementation au niveau d'une loi formelle (cantonale) semble indispensable. Le principe de proportionnalité exige que la restriction de droits fondamentaux n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé. Les atteintes doivent épargner au maximum les positions garanties par les droits fondamentaux des personnes concernées et être raisonnablement proportionnelles aux moyens engagés. Le Conseil fédéral doute toutefois sérieusement de la proportionnalité et donc de la légalité d'un tel dessein.

L'exercice de compétences fédérales doit obéir au principe de subsidiarité, selon lequel la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une solution uniforme valable pour l'ensemble de la Suisse. En revanche, des tâches relevant des domaines d'activités originels des cantons peuvent être réglées par des conventions intercantionales (art. 48 Cst.) si une certaine uniformisation du droit est nécessaire. Le Conseil fédéral estime qu'une telle approche serait également indiquée dans le présent cas.

Dans le cadre de sa compétence en matière de télécommunications, la Confédération peut certes régler au niveau fédéral des questions organisationnelles et administratives quant à la collecte de données. Comme exposé ci-dessus, il incombe toutefois en premier lieu aux cantons de définir des dispositions légales qui tiennent dûment compte du principe de proportionnalité.

⁵⁴ Cf. Errass, dans: St. Galler Kommentar, n. 68 et 54