



Cour I

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 02
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : A-5373/2020
pac/dej

Décision incidente du 11 février 2021

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot, juge instructeur,
Julien Delaye, greffier.

En la cause

Parties

A. _____,
représentée par
Maîtres Sylvain Métille et Fabien Hohenauer, avocats,
Étude HDC,
recourante,

contre

Département fédéral de justice et police DFJP,
Service Surveillance de la correspondance
par poste et télécommunication SCPT,
autorité inférieure,

Objet

Révocation du statut de fournisseur de services de
télécommunication ayant des obligations restreintes en
matière de surveillance,

Faits :**A.**

Par décision du 28 septembre 2020, le Service Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication SCPT du Département fédéral de justice et police DFJP (ci-après : l'autorité inférieure) a considéré que A. _____ (ci-après : la requérante) ne remplissait plus les conditions pour n'être soumise qu'à des obligations restreintes en matière de surveillance. Partant, l'autorité inférieure l'assujettit à des obligations étendues. Elle devra exécuter, ou faire exécuter par des tiers, toutes les surveillances ayant fait l'objet d'une standardisation. Elle restera également tenue de livrer, ou de faire livrer par des tiers, tous les renseignements ayant fait l'objet d'une standardisation. L'autorité inférieure fixe, en substance, un délai de 12 mois à la requérante pour mettre en place les obligations étendues.

B.

La requérante a formé recours, le 29 octobre 2020, contre cette décision. Elle requiert, par la même occasion, l'octroi de l'effet suspensif à son recours.

C.

L'autorité inférieure s'est déterminée, le 11 décembre 2020, sur la requête d'octroi de l'effet suspensif, concluant à son rejet.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :**1.**

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), sauf disposition contraire de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) ou d'autres lois spéciales.

2.

L'objet de la présente décision porte uniquement sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par la requérante le 29 octobre 2020.

2.1. La recourante a requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours. Elle fait valoir les chances de succès de celui-ci et le préjudice irréparable qui résulterait de l'absence d'effet suspensif à son recours. En effet, le stockage des données liées aux obligations étendues représenterait un investissement de plus d'un million de francs. Elle devrait notamment faire l'acquisition de l'infrastructure matérielle nécessaire, élaborer le code permettant d'automatiser le traitement d'une telle quantité de données et engager des dépenses afin de garantir l'intégrité et la sécurité des données. Elle rappelle que, si son recours devait être admis, cet investissement se ferait à fonds perdus et qu'elle n'aurait aucune perspective d'être remboursée.

L'autorité inférieure estime que la recourante ne subirait aucun préjudice irréparable. La loi prévoirait, en effet, que les personnes obligées de collaborer doivent supporter elles-mêmes les coûts. Au surplus, le service de courrier électronique chiffré de la recourante serait très apprécié par les milieux criminels. Les autorités de poursuite pénale seraient ainsi fortement limitées dans leurs possibilités d'action en raison de l'assujettissement de la recourante à des obligations restreintes. Enfin, dans la mesure où l'intérêt à la poursuite pénale constituerait un intérêt public majeur, il conviendrait de lui accorder une grande importance et de rejeter la requête d'effet suspensif.

2.2. En dérogation au principe général de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 42 al. 3 de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1) prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours peut toutefois accorder l'effet suspensif à un recours (art. 42 al. 3 *in fine* LSCPT). Cette réglementation atteste que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas, en tenant compte notamment de l'urgence dans laquelle une surveillance doit être effectuée (cf. message du 27 février 2013 concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication [ci-après : message LSCPT], FF 2013 2379, p. 2462). Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement. Dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours – qui ne

semble pas d'emblée irrecevable – ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. décisions incidentes du TAF B-1680/2016 du 11 avril 2016 consid. 3.1, B-3311/2009 de 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

Il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de ce que la décision est de nature à entraîner un préjudice irréparable ou en tout cas difficilement réparable (cf. BERNARD CORBOZ, in : Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2013, art. 103 n° 28). Tel est le cas notamment lorsque l'exécution anticipée est susceptible d'avoir un effet définitif, à savoir lorsque le litige n'a plus d'intérêt au-delà du prononcé ou de l'absence de prononcé de la mesure requise (cf. ATF 131 III 473 consid. 2.3). Lorsque l'octroi ou le retrait de l'effet suspensif porte une atteinte particulièrement grave à la situation juridique ou de fait du recourant, il y a ainsi lieu d'en tenir compte. Aux intérêts privés s'opposent les intérêts publics que l'autorité inférieure doit prendre en considération, notamment l'urgence dans laquelle une surveillance doit être effectuée (cf. message LSCPT, FF 2013 2379, p. 2462) et l'efficacité de la poursuite pénale.

2.3. En l'occurrence, le Tribunal ne nie aucunement l'importance de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication pour la poursuite pénale et l'importance des obligations de surveillance restreintes ou étendues. L'autorité inférieure a un intérêt public particulier à ce que le recours soit dénué d'effet suspensif.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence et des travaux préparatoires que l'octroi de l'effet suspensif doit être examiné au cas par cas, ce qui ne signifie pas encore que l'effet suspensif ne peut qu'être – comme considéré plus haut – exceptionnellement accordé. Il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. décisions incidentes B-1680/2016 précitée consid. 3.1, B-3311/2009 précitée consid. 2.2 et B-6177/2008 précitée consid. 3.1 ; message LSCPT, FF 2013 2379, p. 2462). Il suit de là que l'intérêt public au bon déroulement de la poursuite pénale, de manière générale, c'est-à-dire sans que cet intérêt soit rattaché à une procédure particulière ou à un certain degré d'urgence, ne suffit pas à lui-seul ; si tel était le cas, l'effet suspensif ne pourrait jamais être octroyé.

En l'espèce, l'autorité inférieure se prévaut exclusivement de l'intérêt à la poursuite pénale, de façon générale, en avançant que les services de courrier électronique chiffré de la recourante seraient très appréciés par

les milieux criminels, ce qui ne relève toutefois pas encore de la faute de la recourante en tant que son service tend à la base uniquement à assurer aux usagers une meilleure protection en matière de protection des données. Bien que la lutte contre la criminalité et l'intérêt des autorités de poursuite pénales constituent des intérêts publics majeurs, l'existence d'un régime d'obligations restreintes de surveillance découle d'un choix politique et de l'intention du législateur. Ce choix constitue déjà une forme de mise en balance de l'intérêt à la poursuite pénale et à la lutte contre la criminalité et des intérêts privés des fournisseurs de services de télécommunication. L'argument selon lequel les autorités pénales seraient fortement limitées dans leurs possibilités d'action en raison de l'assujettissement de la recourante à des obligations restreintes ne lui est ainsi d'aucun secours. Il appartiendra au Tribunal, dans le cadre du litige au fond, de déterminer si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a estimé que la recourante ne pouvait plus être assujettie à des obligations restreintes. Au surplus, le grief de l'autorité inférieure, selon lequel les personnes assujetties aux obligations de surveillance doivent en supporter elles-mêmes les coûts, abonde davantage dans le sens de la recourante puisqu'il démontre *ex lege* l'existence de frais supplémentaires liés à des obligations plus étendues.

En étant assujettie à un régime d'obligations de surveillance élargies, la recourante devrait ainsi faire face à des frais supplémentaires liés à leur mise en place et à l'acquisition de l'infrastructure informatique nécessaire au traitement et au stockage des données collectées. Il est, au demeurant, notoire que la perte de valeur du matériel informatique est importante durant les premières années, les autorités fiscales admettant généralement un amortissement de 40 % par an (cf. www.kmu.admin.ch/kmu/fr/home/savoir-pratique/finances/impots/non-imposition/amortissements-independants.html, consulté le 9 février 2021). Ces frais constituent manifestement un préjudice irréparable.

Enfin, l'autorité inférieure perd de vue que la nature du délai de 12 mois fixé pour la mise en place des mesures élargies de surveillance n'a pas le même but que l'octroi de l'effet suspensif au recours. Les premiers visent à permettre au fournisseur de services de télécommunication d'acquérir, de configurer et de sécuriser l'infrastructure informatique nécessaire à la mise en place des obligations élargies de surveillance, une fois la décision entrée en force. L'octroi de l'effet suspensif vise, quant à lui, à maintenir le *statu quo* afin de permettre à l'autorité de recours d'effectuer son contrôle. Il doit ainsi aussi permettre de sauvegarder l'entier du délai fixé par l'autorité pour la mise en place des mesures de surveillance

requis. Partant, si l'effet suspensif devait être refusé au recours, l'exécution anticipée des obligations de surveillance élargies serait susceptible d'avoir un effet définitif et de causer à la recourante un préjudice irréparable.

2.4. Au surplus, le recours est *prima facie* recevable et un examen des griefs formulés par la recourante ne permet pas de conclure que celui-ci serait *a priori* manifestement mal fondé.

2.5. Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il convient d'accorder l'effet suspensif au recours.

3.

Le sort des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglé dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête d'octroi de l'effet suspensif au recours du 29 octobre 2020 est admise.

2.

Une copie des déterminations de l'autorité inférieure du 11 décembre 2020, de la réponse du 5 février 2021 et de leur bordereau est portée à la connaissance de la recourante.

3.

Les frais et dépens relatifs à cette décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

4.

Le Tribunal signale qu'il reviendra ultérieurement sur la suite à donner à la présente procédure.

5.

La présente décision incidente est adressée :

- à la recourante (recommandé avec avis de réception ; annexes : cf. chiffre 2)
- à l'autorité inférieure (recommandé avec avis de réception)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le juge instructeur :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Julien Delaye

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 12 février 2021