

SOMMAIRE. — Tribunal fédéral (1^{re} Cour de droit public). **A. c. B. et Ministère public de la République et canton de Genève.** Procédure pénale. Obligation de dépôt. Convention de Budapest sur la cybercriminalité. Ordre de production des données d'un compte électronique. — *Extrait d'arrêt (Tribunal fédéral, 1^{re} Cour de droit public).* **A.A. et B.A. c. Administration fédérale des contributions, Service d'échange d'informations en matière fiscale SEI et C. SA.** Entraide administrative. Recours au Tribunal fédéral. Motifs particulièrement importants. — *Contributions récentes en français.*

TRIBUNAL FÉDÉRAL
(1^{re} Cour de droit public)
Arrêt du 16 novembre 2016
PRÉSIDENT DE M. FONJALLAZ

PROCÉDURE PÉNALE. OBLIGATION DE DÉPÔT. CONVENTION DE BUDAPEST SUR LA CYBERCRIMINALITÉ. ORDRE DE PRODUCTION DES DONNÉES D'UN COMPTE ÉLECTRONIQUE.

CPP 265, 269 ss;

Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) 1;
Annexe de l'ordonnance du 31 octobre 2001 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT);
Convention de Budapest du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (CCC) 18, 23 ss

A. c. B. et Ministère public de la République et canton de Genève

L'art. 265 CPP permet à l'autorité d'instruction d'obtenir auprès de leurs détenteurs les objets ou valeurs qui doivent être séquestrés en application de l'art. 263 CPP. L'ordre ne nécessite pas l'intervention du tribunal des mesures de contrainte (art. 272 al. 1 CPP), contrairement à la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication.

Le champ d'application de l'art. 269 CPP est défini à l'art. 1 de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Celle-ci s'applique à tous les organismes étatiques, aux organismes soumis à concession ou à l'obligation d'annoncer qui fournissent des services postaux ou de télécommunication ainsi qu'aux fournisseurs d'accès à Internet. Un simple fournisseur de services tel que celui de la messagerie électronique ne rentre pas dans cette dernière catégorie puisqu'il ne fournit pas lui-même d'accès à Internet.

es pour avocats

Sheet personnalisable

nformatique et de réseau

e, installation, migration

h - +41 79 687 69 08

MONT S.A.

Rue des Caroubiers 25
1227 Carouge
Tél. 022 300 37 81
Fax 022 300 37 91
pierre@beaumont.ch

comptables Associés SA

de la Chambre Fiduciaire
réviseurs agréés

s comptes annuels
es, évaluations, arbitrages
iscal
fiduciaires
ilité clients

e 6550 - 1211 GENÈVE 6
- E-mail: info@alberrolle.ch

La Convention de Budapest sur la cybercriminalité (CCC), qui consacre une notion de «fournisseur de service» plus large que le droit suisse, repose sur le principe de la territorialité. Il découle des dispositions tant de la CCC (art. 18, «en sa possession ou sous son contrôle») que du CPP (art. 265, le détenteur) que la personne visée par l'injonction de produire doit être le possesseur ou le détenteur des données visées, ou tout au moins en avoir le contrôle, c'est-à-dire avoir un pouvoir de disposition, en fait et en droit, sur ces données. Si tel n'est pas le cas, le Ministère public doit procéder par la voie de l'entraide internationale (art. 23 ss CCC) pour obtenir les renseignements désirés.

Faits (résumé):

A. — Le 16 juin 2015, le Ministère public central du canton de Vaud a ouvert une instruction pénale contre inconnu pour violation du droit d'auteur, sur plainte/dénonciation de la SACEM, Société française des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique. La plainte était dirigée contre l'administrateur d'un site internet, opérant sous l'identité «C.» à l'adresse électronique *C.@gmail.com*. Celui-ci aurait diffusé à large échelle des œuvres musicales en proposant des liens de téléchargements illicites, causant à la plaignante un dommage évalué à 97'269 EUR. Le 11 août 2015, le Ministère public a requis de la société *Google Switzerland GmbH* la production de l'identité du détenteur du compte *Gmail* précité, les adresses IP utilisées pour créer le compte, le log de connexions et les adresses IP en relation avec ces logs dès 2008 ainsi que le contenu privé du compte, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP. Le 31 août 2015, la même ordonnance a été adressée, à *Google Switzerland GmbH* ainsi qu'à ses deux gérants A. et B., personnellement. Tous trois ont saisi la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud, expliquant notamment que les informations demandées étaient en mains de la société américaine *Google Inc.*

B. — Par arrêt du 2 mars 2016, la Chambre des recours pénale a rejeté le recours.

C. — *Google Switzerland GmbH*, A. et B. forment un recours contre ce dernier arrêt. Par ordonnance du 25 avril 2016, l'effet suspensif a été accordé sur requête des recourantes.

Droit (extraits):

1. — Le recours en matière pénale, au sens de l'art. 78 al. 1 LTF, est en principe ouvert contre un ordre de perquisition ou de saisie pris au

cours de la procédure pénale, et confirmée en dernière instance cantonale (art. 80 LTF).

1.1 — La décision par laquelle l'autorité d'instruction ordonne la production de certaines pièces constitue une décision incidente, qui ne met pas fin à la procédure (ATF 128 I 129 c. 1 p. 131; 126 I 97 c. 1b p. 100 et les références). Conformément à l'art. 93 al. 1 let. a LTF, une telle décision ne peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral que si elle peut causer un préjudice irréparable. La clause prévue à l'art. 93 al. 1 let. b LTF (lorsque l'admission du recours est susceptible de conduire immédiatement à une décision finale) n'entre pas en considération en l'occurrence, s'agissant d'une simple mesure d'administration de preuves. La jurisprudence admet l'existence d'un préjudice irréparable lorsqu'un ordre de production de pièces est assorti de la menace des peines prévues à l'art. 292 CP. Le destinataire de l'injonction se trouve, en cas de refus, directement exposé à une poursuite pénale (arrêt 5P.350/2004 du 10 mai 2005, c. 2). Tel est le cas en l'occurrence.

1.2 — Les recourants ont participé à la procédure devant l'instance précédente. Ils sont tous destinataires de l'ordre de production confirmé par la cour cantonale et disposent ainsi d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Il y a lieu, par conséquent, d'entrer en matière, le recours ayant été déposé dans les formes et le délai utiles.

[...]

3. — Les recourants invoquent ensuite le principe de territorialité. Ils relèvent que le système de messagerie électronique *Gmail* est exploité en Californie par la société américaine *Google Inc.*, de sorte que les moyens de preuve requis ne pourraient être obtenus que par la voie de l'entraide judiciaire. Selon la Convention de Budapest sur la cybercriminalité (CCC – RS 0.311.43), un accès unilatéral à des données électroniques stockées dans un autre Etat ne serait possible qu'à des conditions exceptionnelles (consentement du titulaire ou accès libre des données, art. 32 CCC), en l'occurrence non réalisées. Si elle avait accès à ces données, la filiale suisse ne pourrait les fournir sans s'exposer elle-même à des poursuites en vertu de l'art. 299 CP et des dispositions du droit américain. Faute d'être détenteurs des données requises, les recourants ne pourraient faire l'objet d'une obligation de dépôt prévue à l'art. 265 CPP. La référence à la jurisprudence «Google StreetView» et à celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) serait sans rapport avec la question de la détention des données.

Les recourants soutiennent aussi que l'art. 265 CPP (ordre de dépôt) ne serait pas applicable à des données d'un compte de messagerie électronique, et qu'il y aurait lieu d'appliquer les dispositions des art. 269 ss (surveillance des télécommunications). Or, l'infraction poursuivie (violation du droit d'auteur) ne fait pas partie de la liste figurant à l'art. 269 al. 2 CPP. En outre, l'autorisation du Tribunal des mesures de contrainte (art. 272 al. 1 CPP) ferait également défaut. Cette question, qui concerne le fondement même de l'ordre de production, doit être examinée en premier lieu.

3.1 — L'art. 265 CPP permet à l'autorité d'instruction d'obtenir auprès de leurs détenteurs les objets ou valeurs qui doivent être séquestrés en application de l'art. 263 CPP. L'ordre peut être assorti d'une commination de la peine prévue à l'art. 292 CP (art. 265 al. 3 CPP). L'ordre de dépôt permet à son destinataire de fournir volontairement les objets ou valeurs requis, sans recourir à des mesures de contrainte (art. 265 al. 4 CPP).

Pour ce qui concerne en revanche la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, les art. 269 ss CPP prévoient des conditions spécifiques telles qu'une liste d'infractions autorisant le recours à cette mesure (art. 269 al. 2 CPP) et l'intervention du tribunal des mesures de contrainte (art. 272 al. 1 CPP). Le champ d'application de l'art. 269 CPP est défini à l'art. 1 de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT – RS 780.1). Celle-ci s'applique à tous les organismes étatiques, aux organismes soumis à concession ou à l'obligation d'annoncer qui fournissent des services postaux ou de télécommunication ainsi qu'aux fournisseurs d'accès à Internet. Selon la définition figurant à l'annexe de l'ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT – RS 780.11), un fournisseur d'accès à internet est un fournisseur de services de télécommunication ou le secteur d'un fournisseur de services de télécommunication qui offre une prestation publique de transmission d'informations sur la base de la technologie IP et d'adresses IP. Un simple fournisseur de services tel que messagerie électronique ne rentre pas dans cette catégorie puisqu'il ne fournit pas lui-même d'accès à Internet au sens qui précède. C'est d'ailleurs pour remédier à cette lacune qu'une modification de la LSCPT a été proposée, élargissant notamment le champ d'application de la loi à raison des personnes. Comme le relève le message à l'appui de cette modification (FF 2013 2379), la nouvelle teneur de la loi vise également les «fournisseurs de services de communication dérivés», qui ne constituent ni des fournisseurs d'accès, ni des fournisseurs de services de télécommunication, mais qui jouent un rôle dans le processus de correspondance par télécommunication, en particulier par

l'art. 265 CPP (ordre de dépôt) s d'un compte de messagerie (appliquer les dispositions des communications). Or, l'infraction ne fait pas partie de la liste l'autorisation du Tribunal des CPP) ferait également défaut. ent même de l'ordre de produc-

autorité d'instruction d'obtenir valeurs qui doivent être séques- l'ordre peut être assorti d'une 292 CP (art. 265 al. 3 CPP). aire de fournir volontairement ir à des mesures de contrainte

surveillance de la correspon- les art. 269 ss CPP prévoient liste d'infractions autorisant le P) et l'intervention du tribunal CPP). Le champ d'application la loi fédérale sur la surveil- télécommunication (LSCPT – organismes étatiques, aux orga- ation d'annoncer qui fournis- munication ainsi qu'aux four- nition figurant à l'annexe de correspondance par poste et 11), un fournisseur d'accès à de télécommunication ou le télécommunication qui offre d'informations sur la base de mple fournisseur de services pas dans cette catégorie puis- Internet au sens qui précède. ne qu'une modification de la ment le champ d'application le relève le message à l'appui nouvelle teneur de la loi vise *de communication dérivés*», accès, ni des fournisseurs de i jouent un rôle dans le pro- munication, en particulier par

internet (FF 2013 2403-2404). Sont ainsi notamment visés à l'art. 2 let. e du projet de LSCPT les fournisseurs de services Internet qui permettent la communication unilatérale ou multilatérale, en particu- lier les services e-mail. Dans sa teneur actuelle, les art. 269 ss CPP ne s'appliquent donc pas à ce genre de services.

Compte tenu de cette lacune, le Procureur pouvait se fonder directe- ment sur la disposition générale de l'art. 265 CPP pour édicter un ordre de production. Le grief tiré d'une violation des art. 265 et 269 CPP doit dès lors être écarté.

3.2 — Destiné à accroître l'efficacité de la coopération internatio- nale dans ce domaine, la CCC, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2012, consacre une notion de «fournisseur de services» plus large que le droit suisse actuel. L'expression désigne en effet «toute entité publique ou privée qui offre aux utilisateurs de ses services la possibilité de communiquer au moyen d'un service informatique ou toute autre entité traitant ou stockant des données informatiques pour ce service de communication ou ses utilisateurs». La convention n'en repose pas moins sur le principe de la territorialité, selon lequel un Etat n'est pas habilité à prendre des mesures d'instruction et de poursuite pénale sur le territoire d'un autre Etat (ATF 141 IV 108 c. 5.3 p. 121 et les références citées). Pour ce faire, l'Etat demandeur doit agir par le biais de l'entraide internationale (art. 23 ss CCC) et dispose, en vertu de la convention, de divers instruments destinés à en faciliter l'exécution (conservation rapide de données informatiques stockées selon l'art. 29 CCC) voire à la contourner (accès transfron- tière à des données stockées, avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public, selon l'art. 32 CCC; ATF 141 IV 108 c. 4.3.8 ss p. 119).

Le message relatif à la modification de la LSCPT relève à ce titre que la nouvelle définition du champ d'application *ratione materiae* de la loi ne doit pas susciter des espoirs démesurés, «dès lors que beau- coup de fournisseurs importants de services Internet ont leur siège et leur infrastructure à l'étranger. L'ouverture de certains comptes e- mail sis à l'étranger par des personnes vivant en Suisse, soit des services en soi contrôlables, est un exemple qui illustre cet état de fait. Prévoir, de manière générale, que les autorités suisses pourraient sans problème accéder aux données voulue serait donc irréaliste et problématique, puisque cela heurterait le principe de la territorialité des lois» (FF 2013 2404).

3.3 — Selon l'art. 18 CCC, chaque Partie adopte les mesures légis- latives et autres qui se révèlent nécessaires pour habilitier ses autorités compétentes à ordonner à une personne présente sur son territoire de communiquer les données informatiques spécifiées, en sa possession

ou sous son contrôle, qui sont stockées dans un système informatique ou un support de données informatiques (al. 1 let. a) ou à un fournisseur de services offrant des prestations sur le territoire de la Partie, de communiquer les données en sa possession ou sous son contrôle relatives aux abonnés et concernant de tels services (let. b). Contrairement à ce que soutiennent les recourants, le lieu de stockage des données n'est à lui seul pas déterminant puisqu'il peut s'agir d'un emplacement aléatoire, impossible à définir *a priori*, et susceptible de changer rapidement, les centres de données étant très largement répartis géographiquement. Rien ne permet d'ailleurs d'affirmer, comme le font les recourants, que les données relatives à un compte *Gmail* seraient nécessairement — et uniquement — stockées aux États-Unis.

3.4 — Se référant à l'ATF 138 II 346, la cour cantonale a considéré que la recourante *Google Switzerland GmbH* était «habilitée à recevoir des injonctions de la part des autorités suisses» dès lors qu'elle exerçait une activité concrète en Suisse. L'arrêt précité se rapporte à une cause de droit public relative à la protection des données: la société suisse impliquée était en lien direct avec l'activité concernant *Google Street View* (en particulier la production et le traitement des images, le traitement des demandes d'effacement), étant toutefois précisé que l'on ne pouvait retenir un rapport de représentation entre les sociétés suisse et américaine, raison pour laquelle les recommandations ont été adressées aux deux sociétés (c. 4 non publié). Cette jurisprudence de droit public ne saurait s'appliquer en matière pénale lorsqu'une autorité de poursuite exige la production de preuves en application de l'art. 265 CPP.

3.5 — En l'occurrence, si *Google Switzerland GmbH* exerce notamment un contrôle de la compatibilité avec le droit suisse du contenu des blogs hébergés «par un site dont elle est l'administratrice», ainsi que d'autres activités en lien avec les annonces publicitaires, elle conteste en revanche intervenir à un titre ou un autre lors de l'ouverture ou de l'exploitation d'un compte *Gmail*, le système de messagerie étant, aux dires des recourants, du seul ressort de la société américaine. Quant au pouvoir de représentation que la cour cantonale lui impute, il peut certes être reconnu dans d'autres matières du droit (cf. ATF 138 II 346 dans le domaine de la protection des données) ou pour ce qui concerne les autres activités spécifiques de la société sise en Suisse, mais non dans le cadre d'une procédure pénale nécessitant l'accès aux données de la messagerie *Gmail*.

3.6 — En l'état, il n'est donc pas démontré que la société suisse ait un accès direct ou une quelconque maîtrise sur les données relatives à ce service de messagerie. Or, il découle des dispositions tant de la CCC

un système informatique ou
1 let. a) ou à un fournisseur
territoire de la Partie, de com-
sous son contrôle relatives
es (let. b). Contrairement à
u de stockage des données
peut s'agir d'un emplace-
ri, et susceptible de changer
très largement répartis géo-
d'affirmer, comme le font
un compte *Gmail* seraient
ées aux Etats-Unis.

la cour cantonale a considéré
GmbH était «habilitée à rece-
vés suisses» dès lors qu'elle
L'arrêt précité se rapporte à
ction des données: la société
activité concernant *Google*
le traitement des images, le
étant toutefois précisé que
ésentation entre les sociétés
e les recommandations ont
publié). Cette jurisprudence
matière pénale lorsqu'une
e preuves en application de

erland GmbH exerce notam-
le droit suisse du contenu
est l'administratrice», ainsi
annonces publicitaires, elle
ou un autre lors de l'ouver-
il, le système de messagerie
essort de la société améri-
n que la cour cantonale lui
d'autres matières du droit
protection des données) ou
écifiques de la société sise
procédure pénale nécessitant
l.

entré que la société suisse ait
e sur les données relatives à
dispositions tant de la CCC

(art. 18, «*en sa possession ou sous son contrôle*») que du CPP (art. 265, *le détenteur*) que la personne visée par l'injonction de produire doit être le possesseur ou le détenteur des données visées, ou tout au moins en avoir le contrôle, c'est-à-dire avoir un pouvoir de disposition, en fait et en droit, sur ces données.

Cette question n'a pas été instruite par les autorités précédentes. La Chambre des recours pénale a considéré que *Google Switzerland GmbH* avait pour mission d'examiner la compatibilité des contenus avec les législations suisse et autrichienne. Le Ministère public estime quant à lui que l'impossibilité alléguée par les recourants relèverait d'une problématique d'organisation interne. Quant aux recourants, ils affirment que seule la société américaine serait détentrice des données requises; sa filiale suisse n'aurait aucun pouvoir de disposition en relation avec les données concernées dès lors que l'exploitation du système électronique serait du seul ressort de *Google Inc.* Ils se réfèrent certes à une décision rendue dans ce sens le 29 octobre 2012 par l'Obergericht du canton de Zurich, mais ne présentent aucun moyen de preuve susceptible de démontrer qu'elle n'aurait effectivement aucun droit d'accès aux données litigieuses, et que la maîtrise de ces données reviendrait à la seule société sise aux Etats-Unis. Ces simples déclarations à ce propos apparaissent insuffisantes pour faire échec à l'ordre de production du Ministère public. La cause doit par conséquent être renvoyée à la cour cantonale pour complément d'instruction sur ce point. Les recourants devront collaborer à l'administration des preuves à ce propos s'ils entendent démontrer qu'ils n'ont aucun accès au renseignements requis ou qu'ils engageraient, pénalement ou civilement, leur responsabilité en donnant suite à l'ordre de production (art. 65 al. 2 let. c CPP).

S'il devait apparaître que la société suisse ne peut effectivement pas, en fait ou en droit, disposer des données requises par le Ministère public, celui-ci n'aura d'autre choix que de s'adresser par voie d'entraide judiciaire aux autorités américaines pour obtenir les renseignements désirés (cf. c. 3.2 *supra*; ATF 141 IV 108 c. 5.3 p. 212).

(1B_142/2016,
arrêt non destiné à la publication au recueil officiel¹)

¹ Ndlr: Un arrêt relatif à la même problématique, mais portant un ordre de production des données d'un compte Facebook, a été publié aux ATF 143 IV 21.