



CANTON DE VAUD

TRIBUNAL CANTONAL

Palais de justice de l'Hermitage
Route du Signal 8
1014 Lausanne

Tribunal d'accusation

Internet Pipeline AG
Hardstrasse 235
Service juridique
8005 Zurich

V/réf

N/réf
siDate
3 janvier 2003

(à rappeler dans toute correspondance)

Affaire : PE01.027095-FDX - PE02.010109-FDX
PE02.036900-FDX - PE02.037697-FDX

Nous vous informons que

TDC SUISSE SA - TISCALI DATACOMM AG - LAN SERVICES AG - CABLECOM
SARL - SWISSONLINE SA - ORANGE COMMUNICATIONS SA - KLEIN COMPUTER
SYSTEM AG - NESTSTREAM AG - GREEN.CH - INIT SEVEN AG - EASYNET AG -
INTERNET PIPELINE AG

ont recouru contre l'ordonnance ordonnant de créer des règles dans
le serveur proxy mis à disposition des utilisateurs de façon à
interdire l'accès aux sites "http://www.appel-au-peuple.org" et
"http://de.geocities.com/justicecontrol/"
rendue le 11 décembre 2002
par le Juge d'instruction du canton de Vaud.

Conformément à l'article 304 du code de procédure pénale, vous avez
la faculté, dans les dix jours dès la réception du présent avis, de
consulter le dossier et d'adresser un mémoire au greffe du Tribunal
cantonal (Tribunal d'accusation). Dans ce cas, vous voudrez bien
joindre l'enveloppe ayant contenu le présent avis.

Ce délai ne peut pas être prolongé et le mémoire produit hors délai
ne sera pas versé au dossier.

Le Tribunal d'accusation statue en l'absence des parties, sous
réserve du cas prévu à l'article 305 alinéa 2 CPP.

Pr le greffier

Cet avis devra être présenté au greffe en vue de la consultation du dossier



CANTON DE VAUD

TRIBUNAL CANTONAL

Palais de justice de l'Hermitage
Route du Signal 8
1014 Lausanne

Tribunal d'accusation

Internet Pipeline AG
Hardstrasse 235
Service juridique
8005 Zurich

V/réf

N/réf

Date

si

3 janvier 2003

(à rappeler dans toute correspondance)

Affaire : D'office et [REDACTED] c/ [REDACTED] et cons.
PE02.010109-FDX

Nous vous informons que

TDC SUISSE SA - TISCALI DATACOMM AG - LAN SERVICES AG - CABLECOM
SARL - ORANGE COMMUNICATIONS SA - INIT SEVEN AG - EASYNET AG -
INTERNET PIPELINE AG

ont recouru contre l'ordonnance ordonnant de créer des règles dans
le serveur proxy mis à disposition des utilisateurs de façon à
interdire l'accès au site "http://www.swiss-corruption.com"

rendue le 11 décembre 2002
par le Juge d'instruction du canton de Vaud.

Conformément à l'article 304 du code de procédure pénale, vous avez
la faculté, dans les dix jours dès la réception du présent avis, de
consulter le dossier et d'adresser un mémoire au greffe du Tribunal
cantonal (Tribunal d'accusation). Dans ce cas, vous voudrez bien
joindre l'enveloppe ayant contenu le présent avis.

Ce délai ne peut pas être prolongé et le mémoire produit hors délai
ne sera pas versé au dossier.

Le Tribunal d'accusation statue en l'absence des parties, sous
réserve du cas prévu à l'article 305 alinéa 2 CPP.

Pr le greffier :

Cet avis devra être présenté au greffe en vue de la consultation du dossier

CHAUDET, BOVAY, WYLER, MUSTAKI
DOCTEURS EN DROIT-AVOCATS
LAUSANNE

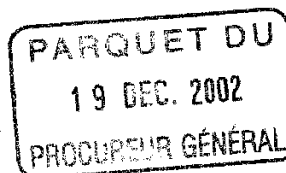
182

RECOURS

Vu pour recours

Le juge:

adressé au

Tribunal d'accusation du Canton de Vaud

pour

TDC Suisse SA, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich, dont le conseil est l'avocat Gilles Robert-Nicoud, place Benjamin-Constant 2, case postale 3673, 1002 Lausanne,

contre

l'Ordonnance rendue par le Juge d'instruction du Canton de Vaud le 11 décembre 2002 dans les enquêtes **PE01.027095-FDX**, **PE02.010109-FDX**, **PE02.036900-FDX** et **PE02.037697-FDX**, instruites d'office et sur plaintes contre Gerhard Ulrich et consorts, notamment pour diffamation, calomnie, injure, insoumission à une décision de l'autorité, dénonciation calomnieuse et violation du secret de l'enquête.

* * *

I.- FAITS

1. Le 11 décembre 2002, le Juge d'instruction du Canton de Vaud a rendu, en application de l'article 177 al. 2 du Code de procédure pénale vaudoise, dans les enquêtes **PE01.027095-FDX**, **PE02.010109-FDX**, **PE02.036900-FDX** et **PE02.037697-FDX**, instruites d'office et sur plaintes contre Gerhard Ulrich et consorts, notamment pour diffamation, calomnie, injure, insoumission à une décision de l'autorité, dénonciation calomnieuse et violation du secret de l'enquête, une ordonnance imposant aux principaux fournisseurs d'accès de Suisse de créer des règles dans le serveur Proxy mis à disposition de leurs utilisateurs de façon à interdire l'accès aux sites internet "<http://www.appel-au-peuple.org>" et "<http://www.de.geocities.com/justicecontrol/>", sous-répertoires inclus, et de modifier leurs serveurs DNS de façon que le nom de domaine "[appel-au-peuple.org](http://www.appel-au-peuple.org)" aboutisse sur une page vide, dans un délai de cinq jours dès réception de l'Ordonnance, sous la commination de l'article 292 CPS.
2. TDC Suisse SA (SUNRISE) est un opérateur de réseaux de télécommunications et un fournisseur d'accès internet.
3. L'Ordonnance précitée a été communiquée à TDC Suisse SA le 11 décembre 2002 et reçue au plus tôt le 12 décembre 2002.

II.- EN DROIT

A. Moyens

Le recours se fonde sur la violation des arts. 16, 27 et 29 de la Constitution Fédérale, de l'art. 8 CEDH, des arts. 1 et 58 CP, de l'art. 1 LTC, des arts. 177 et 223 CPP.

B. Recevabilité

La voie du recours au Tribunal d'accusation est ouverte dans les cas énumérés aux arts. 294 ss CPP. L'art. 298 lit. a CPP prévoit en particulier que le recours est ouvert au détenteur d'une pièce ou d'un objet séquestré contre l'ordonnance de séquestre. En revan-

che, celui qui se plaint de la mise en œuvre et d'un procédé de l'enquête doit agir par la voie de la réclamation, conformément à l'art. 183 CPP (Marc-Antoine Aubert, la réclamation au Tribunal d'accusation en procédure pénale vaudoise, Lausanne 1991, p. 140). La voie de la réclamation est ainsi subsidiaire à celle du recours.

Dans le cas présent, le Juge d'instruction, tout en constatant que les conditions du séquestre étaient réalisées, a rendu son Ordonnance sur la base de l'article 177 al. 2 CPP. Cette disposition prévoit que le Juge prend toutes les mesures propres à assurer des constatations aussi complètes que possibles. Le Juge n'est pas limité aux opérations prévues dans le chapitre III, mais peut prendre d'autres mesures, notamment interdire l'accès des lieux, défendre d'en sortir, poser des scellés, ordonner une prise de sang en vue d'expertise, ou régler la circulation. L'article 177 CPP est ainsi une disposition visant la constatation de faits et non la sauvegarde de moyens de preuve ou la prévention d'un dommage (JT 1980 III 54).

Ces derniers types d'intervention ressortissent, en droit fédéral, aux arts. 58ss CP. Dans la phase d'investigation, il appartient à l'autorité d'instruction de saisir à titre provisoire tous les objets ou valeurs susceptibles d'entrer dans le champ d'application de cette norme (Gérard Piquerez, Procédure pénale suisse, Zürich 2000, p. 556). L'art. 58 CP prévoit deux sortes de confiscation : la confiscation d'objets dangereux et la confiscation de valeurs patrimoniales. Ainsi que l'a relevé le Juge d'instruction dans le cas d'espèce, c'est le premier cas de confiscation qui est visé par la mesure (confiscation à des fins de sûreté). Le Juge a ainsi rendu sa décision sur la base du droit fédéral, soit l'art. 58 CP. A noter que si le Juge s'était prévalu de l'art. 223 CPP, le résultat n'aurait pas été différent puisque cette disposition ne prévoit pas d'autres cas de confiscation que ceux résultant de l'art. 58 CP.

Si les éléments constitutifs de la confiscation, au sens de l'art. 58 CP, sont réunis, celle-ci doit être ordonnée, aux conditions définies par le droit fédéral. Parmi ces conditions figurent le droit d'être entendu du détenteur de l'objet à confisquer (RJN 1985 90), les principes de base légale, d'intérêt public et de proportionnalité, dont il sera question ci-dessous (JT 1980 III 61; JT 1978 IV 114).

Le droit fédéral impose aux cantons de prévoir en matière de confiscation une voie de recours auprès d'une autorité judiciaire, condition préalable à un recours de droit fédéral (Madeleine Vouilloz, la confiscation en droit pénal, PJA 2001, p. 2; SJ 2000 I 356; ATF 108 IV 154).

Dans le cas d'espèce, l'Ordonnance entreprise se fonde expressément sur l'art. 58 CP. Or, la mise en oeuvre de cette disposition en procédure pénale vaudoise est réalisée au travers de l'art. 223 CPP et non par l'art. 177 CPP (JT 1993 III 94; JT 1980 III 60). En appliquant cette dernière disposition non pas à la constatation de faits, mais à la prévention d'un dommage, le Juge d'instruction prive le tiers séquestré de ses voies et moyens de recours de droit fédéral. Il s'agit-là d'un cas de séquestre déguisé. De plus, contrairement à ce que prévoit l'art. 300 CPP, l'Ordonnance n'indique pas de voie de recours, de sorte que certains destinataires auront renoncé à faire valoir leurs droits.

Dès lors que le droit fédéral impose une voie de recours cantonale, le recours au Tribunal d'accusation dans le cas d'espèce devrait être admis, sur le principe du séquestre. Au défaut, il devrait être traité comme une réclamation au sens de l'art. 183 CPP.

C. Conditions de la saisie

Selon l'art. 58 CP, le juge doit prononcer la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public.

La confiscation ne peut porter que sur des objets ou des valeurs patrimoniales (Vouilloz, op. cit., p. 1390, Denis Piotet, Les effets civils de la confiscation pénale, Berne 1995; Paul Logoz, Commentaire du Code pénal Suisse, Partie générale, Paris 1976, p. 326). Cette exigence n'est pas réalisée s'agissant d'interruption de flux de données électroniques.

L'interception de télécommunications et de données électroniques ne saurait, sans violer l'art. 1 CP, être assimilée à un cas de confiscation d'objets dangereux selon l'art. 58 CP, pour la simple raison que cette disposition a été introduite en 1942 et qu'elle n'a quasiment pas été modifiée depuis lors (FF 1993 III p. 297). A la date d'introduction du Code pénal, des mesures de blocage ou de suppression de sites internet imposées aux fournisseurs d'accès n'était bien entendu pas envisagées. L'exigence d'une base légale pour déroger aux articles 16 (liberté d'opinion et d'information) et 27 (liberté économique) de la Constitution Fédérale et à l'article 8 CEDH, notamment, n'est pas réalisée.

Les fournisseurs d'accès internet sont de surcroît tenus, en vertu du droit fédéral, de respecter les droits de la personnalité des usagers (arts. 1 et 46 LTC) et le secret des télécommunications (art. 43 LTC et 321 ter CP). Une base légale est nécessaire pour y déroger.

S'agissant de l'exigence de proportionnalité de la mesure de blocage, le Juge d'instruction, en ordonnant une intervention dans les serveurs proxy et DNS a imposé de lourdes obligations aux fournisseurs d'accès concernés. Ces mesures nécessitent des modifications importantes et surtout coûteuses (Avis de la police fédérale, La responsabilité pénale des fournisseurs de services internet, avril 2000, p. 9; Communication de la Commission européenne au Conseil du 26 janvier 2001, COM 2000/890, Créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité, pp. 17 et 19¹).

Dans le domaine de la surveillance des accès internet, où les obligations imposées aux fournisseurs sont moindres, les principes de répartition des coûts sont clairement définis par l'Ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 31 octobre 2001 (RS 780.11) et l'Ordonnance du DETEC du 21 juin 2000 (RS 780.115.1). L'indemnisation porte sur la mise en place et la suppression de la surveillance, la durée de la fourniture des relevés de service notamment ainsi que les prestations supplémentaires en rapport avec la surveillance (FF 1998 IV 3728). Il serait paradoxal que les fournisseurs d'accès soient indemnisés pour des opérations de surveillance, alors qu'ils ne le seraient pas pour des mesures de blocage ou de restrictions d'accès, qui sont beaucoup plus contraignantes. De telles obligations limitent gravement la liberté économique des fournisseurs et devraient reposer sur une base légale suffisante.

Les mesures imposées par le Juge d'instruction seront de plus dénuées d'effets et ne permettront pas d'atteindre le but recherché puisque le site en question annonce d'ores et déjà un changement d'adresse IP (pièce 1). Il est ainsi à craindre que dans un délai rapproché, la recourante soit tenue de procéder à ses frais à de nouvelles interventions relatives au même site. Ces multiples interventions lui occasionneront un dommage irréparable.

Mais il y a plus, si le site est hébergé par un fournisseur d'hébergement important, à l'instar de "geocities" par exemple, il est techniquement impossible de bloquer l'accès à un sous-site en particulier. Le blocage entraîne ainsi l'interruption de l'accès à l'ensemble des sites hébergés, soit à des centaines de milliers de pages internet, dans le cas de "geocities", provenant de multiples auteurs.

¹ http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/internet/crime/index_en.htm

Enfin, la recourante se voit imposer l'obligation de prendre ces mesures dans un délai de cinq jours et sous la menace de sanctions pénales, sans que l'occasion lui soit donnée de se déterminer à ce propos. Elle n'a d'autre choix que de se soumettre à l'Ordonnance ou de subir une condamnation pénale pour insoumission. Le Juge d'instruction a dès lors violé le droit d'être entendu de la recourante (SJ 1999 I 189). L'art. 292 CP ne saurait par ailleurs remédier à l'absence de base légale de la décision entreprise.

III.- CONCLUSIONS

Fondée sur ce qui précède, la recourante TDC Suisse SA a l'honneur de conclure avec dépens à ce qu'il plaise au Tribunal d'accusation du Canton de Vaud :

Principalement :

- I. Admettre le recours.
- II. Annuler l'Ordonnance entreprise en ce qu'elle concerne la recourante.
- III. Mettre les frais à la charge de l'Etat.

Subsidiairement :

- I. Admettre la réclamation.
- II. Annuler l'Ordonnance entreprise en ce qu'elle concerne la recourante.
- III. Mettre les frais à la charge de l'Etat.

Lausanne, le 17 décembre 2002.

Pour la recourante :

Gilles Robert-Nicoud, av.

