

## **BGE 146 IV 36**

Bundesgericht (BGE), 2019-11-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_146 IV 36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_146_IV_36)

FR: ATF 146 IV 36

IT: DTF 146 IV 36

### **Regeste**

Regeste Art. 280, 272, 277 StPO, Art. 30 IRSG; Aufzeichnungen im Ausland mithilfe eines technischen Überwachungsgerätes (Mikrofon). Die technischen Überwachungsmaßnahmen im Sinn von Art. 280 StPO sind Zwangsmassnahmen (E. 2.1). Aufgrund des Territorialitätsprinzips dürfen solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden, wenn dies mit internationalem Recht (Verträgen, bilateralen Vereinbarungen, internationalem Gewohnheitsrecht) vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat (E. 2.2).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

ss ad art. 271 CP ; OMLIN, op. cit., n os 12 ss ad art. 299 CP ) devant respecter le principe de la territorialité et la souveraineté d'un autre Etat, entrent notamment en considération les mesures de contrainte, soit en matière d'entraide, le séquestre conservatoire de moyens de preuve, la surveillance de la correspondance par poste et des télécommunications ( ATF 141 IV 108 consid. 5.3 p. 121; ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50 s.; ZIMMERMANN, op. cit., n. 439 ss p. 479 ss; STEFAN BGE 146 IV 36 S. 43 HEIMGARTNER, in Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, n os 24 s. ad art. 63 EIMP ), l'obtention des données auprès d'un fournisseur de service Internet domicilié à l'étranger ( ATF 143 IV 270 consid. 4.7 p. 275 s., ATF 143 IV 21 consid. 3.2 ss p. 24 ss), l'audition de témoins, l'interpellation, l'arrestation d'une personne, l'interrogatoire de prévenus, la prise d'empreinte digitale, le prélèvement forcé de sang ou d'ADN (OMLIN, op. cit., n° 14 ad art. 299 CP ; DUPUIS ET AL., CP Code pénal, Petit commentaire, 2 e éd. 2017, n° 5 ad art. 299 CP renvoyant aux n os

#### **E. 2.1**

Selon l' art. 280 CPP , le ministère public peut utiliser des dispositifs techniques de surveillance aux fins d'écouter ou d'enregistrer des conversations non publiques (let. a), d'observer ou d'enregistrer des actions se déroulant dans des lieux qui ne sont pas publics ou qui ne sont pas librement accessibles (let. b) ou de localiser une personne ou une chose (let. c). Ces moyens techniques - dont la pose d'une balise GPS (voir sur cette problématique en particulier, ELISABETTA TIZZONI, Geolocalizzazione di veicoli mediante GPS e sovranità territoriale, RtiD 2019 II p. 389 ss, notamment ad 4.1 p. 396 ss) -, à l'inverse notamment de la récolte des données secondaires de télécommunication, présupposent en principe l'installation de dispositifs à l'insu de la personne surveillée. Il en découle que les données récoltées en application notamment des art. 280 let. a et b CPP portent atteinte à la sphère privée de manière plus intrusive qu'en matière de surveillance de la correspondance

par poste et des télécommunications ( ATF 144 IV 370 consid. 2.3 p. 375 s.; ATF 143 I 292 consid. 2.2 p. 296). S'agissant des conditions permettant la mise en oeuvre de ces mesures - de contrainte vu leur emplacement dans le Code de procédure pénale (section 2 [Autres mesures techniques de surveillance] du Chapitre 8 [Mesures de surveillance secrètes] du Titre 5 [Mesures de contrainte]; voir également ROBERT ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5 e éd. 2019, n. 287 p. 300) -, l' art. 281 CPP prévoit que l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance ne peut être ordonnée qu'à l'encontre du prévenu (al. 1); les locaux ou les véhicules de tiers ne peuvent être placés sous surveillance que si des faits déterminés permettent de supposer que le prévenu se trouve dans ces locaux ou utilise ces véhicules (al. 2); l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance ne peut pas être ordonnée pour enregistrer à des fins probatoires le comportement d'un prévenu en détention (al. 3 let. a) ou surveiller les locaux ou les véhicules d'un tiers appartenant à l'une BGE 146 IV 36 S. 41 des catégories professionnelles visées aux art. 170 à 173 CPP (al. 3 let. b); au surplus, l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance est régie par les art. 269 à 279 CPP (al. 4). Ces conditions s'appliquent pour l'ensemble des moyens techniques prévus à l' art. 280 CPP ( ATF 144 IV 370 consid. 2.3 p. 374). L' art. 272 CPP - régime de l'autorisation et autorisation-cadre - s'applique aussi lors de la mise en oeuvre de moyens techniques de surveillance. L'alinéa 1 de cette disposition prévoit que la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication est soumise à l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte. Les résultats d'une surveillance non autorisée sont inexploitable (art. 277 al. 2 et 141 al. 1, 2 e phrase, CPP) et doivent être immédiatement détruits ( art. 277 al. 1 CPP ). Il en va de même des informations résultant d'une surveillance téléphonique opérée à l'étranger sans les autorisations exigées par le droit du pays concerné ( ATF 138 IV 169 consid. 3.1 p. 170 s.; arrêt 6B\_228/2018 du 22 août 2018 consid. 1.1). Au regard du renvoi prévu par l' art. 281 al. 4 CPP notamment aux art. 272 et 277 CPP , ces principes sont également applicables aux mesures de surveillance techniques ( ATF 145 IV 42 consid. 3 p. 45 s.), conclusion qui s'impose également dès lors que l'atteinte à la sphère privée est plus importante.

## **E. 2.2**

En vertu du principe de territorialité, un Etat ne peut en principe exercer les prérogatives liées à sa souveraineté - dont le pouvoir répressif - qu'à l'intérieur de son propre territoire ( ATF 140 IV 86 consid. 2.4 p. 89; arrêts 6B\_282/2019 du 5 avril 2019 consid. 3; 6B\_248/2017 du 17 mai 2017 consid. 3.3; SAMANTHA BESSON, Droit international public, 2019, n. 187 p. 52 et n. 319 ss p. 94 s.; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2 e éd. 2015, § 3/1 p. 4; ANDREAS R. ZIEGLER, Introduction au droit international public, 3 e éd. 2015, n. 507 p. 229 et n. 593 p. 263; ALEXANDRE DYENS, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse, 2014, ad 61 ss p. 19 s.; PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3 e éd. 2011, n. 45 p. 15). Les Etats se doivent ainsi de respecter réciproquement leur souveraineté ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50; ATF 133 I 234 consid. 2.5.1 p. 239). Eu égard à ces principes, un Etat n'est pas non plus habilité à effectuer des mesures d'instruction et de poursuite pénale sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de ce dernier BGE 146 IV 36 S. 42 ( ATF 143 IV 21 consid. 3.2 p. 24; ATF 141 IV 108 consid. 5.3 p. 121; TIZZONI, op. cit., n. 4.3 p. 402; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, op. cit., § 3/1 p. 4 s.; ZIEGLER, op. cit., n. 621 p. 275 s. et n. 633 p. 281; DYENS, op. cit., ad 66 p. 20; PIQUEREZ/MACALUSO, op. cit., n. 46 p. 16; LAURENT MOREILLON, in

Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale [ci-après: CR EIMP], 2004, n° 745 ad Introduction générale p. 143). Les actes de puissance publique accomplis par un Etat ou par ses agents sur le territoire d'un autre Etat sans un tel accord sont ainsi inadmissibles ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50; ATF 133 I 234 consid. 2.5.1 p. 239; ESTHER OMLIN, in Basler Kommentar, Strafrecht, vol. II, 4 e éd. 2019, n° 13 ad art. 299 CP ; TIZZONI, op. cit., n. 4.3 p. 402) et constituent une atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de l'Etat concerné, ce qui est une violation du droit international public ( ATF 140 IV 86 consid. 2.4 p. 89; arrêts 6B\_282/2019 du 5 avril 2019 consid. 3; 6B\_248/2017 du 17 mai 2017 consid. 3.3; MOREILLON, CR EIMP, op. cit., n° 745 ad Introduction générale p. 143). Une violation du principe de territorialité peut aussi intervenir lorsque l'Etat poursuivant se procure par des moyens jugés objectivement déloyaux des éléments de preuve ou des biens frappés de mesures conservatoires, notamment en violation des règles régissant l'entraide internationale en matière pénale ( ATF 133 I 234 consid. 2.5.1 p. 239; ATF 121 I 181 consid. 2c/aa p. 184 s.; arrêt 6B\_248/2017 du 17 mai 2017 consid. 3.3). Il n'est pas nécessaire que l'autorité ait agi sur sol étranger pour porter atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger; il suffit que ses actes aient des effets sur le territoire de cet Etat ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50 s.; arrêt 1B\_57/2008 du 2 juin 2008 consid. 3.1 et les références citées). A titre d'exemples d'actes officiels (sur cette notion, voir ATF 114 IV 128 consid. 2b p. 130; 65 I 39 consid. 2 p. 44; arrêts 6B\_804/2018 du 4 décembre 2018 consid. 3, résumé in AJP 2019 p. 480; 6B\_235/2013 du 22 juillet 2013 consid. 1.1; MARKUS HUSMANN, in Basler Kommentar, Strafrecht, vol. II, 4 e éd. 2019, n os

### **E. 2.3**

En l'occurrence, seule est remise en cause l'exploitation des données enregistrées à l'étranger sans avoir obtenu l'autorisation des autorités étrangères concernées. Il est tout d'abord incontestable que si des moyens techniques de surveillance - dont un micro et/ou des balises GPS - doivent être installés dans le pays tiers, une demande d'entraide doit intervenir préalablement. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque les micros ont été installés en Suisse par les autorités de ce pays et que la procédure d'autorisation y relative a été effectuée de manière conforme au CPP; elle n'a d'ailleurs pas été remise en cause. A ce stade, ce mode de procéder peut d'ailleurs être confirmé, puisqu'il ne peut être attendu des autorités de poursuite pénale suisses qu'elles anticipent par principe d'éventuels déplacements à l'étranger du véhicule surveillé, respectivement puissent d'ores et déjà envisager quels pourraient être les pays de destination. Il n'est pas non plus contesté en l'espèce que le Ministère public n'a pas saisi les autorités étrangères de requêtes en lien avec les mesures techniques secrètes effectuées, même si des demandes d'entraide mentionnant lesdites mesures ont été déposées au cours de la procédure, notamment à l'intention de l'Espagne le 13 novembre 2018. Le Ministère public explique le défaut de procédure d'entraide par le transfert des données enregistrées par le biais d'un réseau de téléphonie suisse vers un serveur sécurisé en Suisse, raisonnement qui ne saurait être suivi. En effet, ce système a été mis en oeuvre par les autorités suisses afin de rattacher ces enregistrements à la Suisse; or, cette configuration se distingue d'une connexion spontanée par le titulaire d'un numéro de téléphone étranger ou par le biais de son interlocuteur - soit les personnes surveillées - à un réseau de téléphonie mobile suisse (arrêt 6B\_228/2018 du 22 août 2018 consid. 1.3). La présente situation n'apparaît pas non plus similaire à celle où les autorités ont pu, grâce à l'obtention licite d'un mot de passe, accéder, depuis la Suisse, à des données conservées sur un serveur situé à l'étranger ( ATF 143 IV 270 consid. 7.10 p. 287 s.); ce

faisant, elles ont uniquement utilisé - et non pas mis en place pour ce faire - les possibilités usuelles de connexion en différents lieux et/ou pays - dont la Suisse - offertes par le site en cause. A toutes fins utiles, l'immatriculation des véhicules en Suisse ne paraît pas non plus pertinente pour établir un lien avec ce pays et exclure toute BGE 146 IV 36 S. 47 demande d'entraide. En effet, le principe du pavillon ou d'immatriculation concerne avant tout les navires, ainsi que les aéronefs et trouve sa principale justification dans le fait que ce type de véhicules est susceptible d'évoluer dans des espaces internationaux sur lesquels aucune souveraineté n'est exercée (eaux internationales et espace aérien international; DYENS, op. cit., § 2 p. 23). Tel n'a pas été le cas des véhicules en cause. Aucun élément - notamment une disposition de droit international - ne permet donc de considérer que le Ministère public pouvait dans le cas d'espèce se dispenser de saisir, par le biais de l'entraide internationale, les autorités des pays étrangers concernés afin d'obtenir leur consentement et, le cas échéant, la mise en oeuvre de manière conforme à l'ordre juridique du pays étranger en cause des procédures en matière de mesures techniques de surveillance secrètes, d'enregistrement de conversations privées et de transmission des résultats de celles-ci. Faute de règles en matière d'entraide autorisant les mesures en cause et/ou de l'obtention du consentement des pays en cause, les enregistrements effectués à l'étranger sont donc en l'état illicites et inexploitable.

#### **E. 2.4**

Ce raisonnement s'impose également eu égard aux découvertes fortuites qui pourraient résulter des enregistrements effectués sur le sol étranger, soit la découverte d'éléments susceptibles d'impliquer le prévenu et/ou des tiers pour d'autres faits que ceux qui auraient dû conduire les autorités suisses à déposer une demande d'entraide. Les découvertes fortuites sont généralement mises en évidence - en Suisse - par la direction de la procédure au moment de l'examen des données récoltées à l'étranger. On ne saurait cependant faire abstraction de leur lieu de récolte - sis à l'étranger - pour retenir qu'une autorisation du Tmc serait suffisante. L'exploitation d'éventuelles découvertes fortuites doit aussi respecter les différents ordres juridiques concernés.

#### **E. 2.5**

En l'occurrence, il apparaît que des enregistrements pourraient avoir été effectués en Espagne. Le recourant soutient toutefois aussi qu'il en irait de même en France, en Allemagne, au Kosovo et en Albanie. Faute de constatation claire à cet égard dans l'arrêt attaqué, la cause doit être renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle détermine les lieux d'enregistrement, le droit applicable en fonction du pays en cause pour ceux effectués hors de la Suisse et, en l'absence notamment BGE 146 IV 36 S. 48 de traités internationaux autorisant ces enregistrements sans autre formalité - en particulier préalable - par les autorités suisses sur un territoire étranger, ordonne la destruction immédiate de ces moyens de preuve illicites. Il en ira de même des moyens de preuve pour lesquels le lieu d'enregistrement ne pourra pas être déterminé; il appartient en effet aux autorités pénales suisses d'en supporter les conséquences, sauf à permettre le maintien au dossier de moyens de preuve potentiellement obtenus en violation du droit. L'autorité précédente examinera également, le cas échéant, les griefs en lien avec les preuves dites dérivées. Elle rendra ensuite une nouvelle décision, y compris sur les frais et dépens.

#### **E. 5**

ss ad art. 271 CP ; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, op. cit., § 9/4 p. 45; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3 e éd. 2010, n° 6 ad art. 299 CP p. 275 renvoyant à la n° 3 ad art. 271 CP p. 436 s.) et les mesures techniques de surveillance comme les écoutes (ZIMMERMANN, op. cit., n. 287 p. 300 s.; HEIMGARTNER, op. cit., n° 9 ad art. 64 EIMP ). Tel est également le cas de l'observation transfrontalière (cf. en droit suisse les art. 282 s. CPP: "Observation", "Observation", "Osservazione di persone e cose") et de l'investigation secrète (cf. en droit national les art. 285a ss CPP : "Investigation secrète", "Verdeckte Ermittlung", "Inchiesta mascherata"; ZIMMERMANN, op. cit., n. 287 p. 300; HEIMGARTNER, op. cit., n° 9 ad art. 64 EIMP ). En effet, eu égard à leur nature, ces mesures d'instruction peuvent porter atteinte au principe de la territorialité et à la souveraineté puisqu'elles impliquent des actions des agents d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat. Le Tribunal fédéral a de plus confirmé que la mise en oeuvre d'une investigation secrète présuppose qu'elle ait été prévue par un traité international ( ATF 132 II 1 consid. 3.4 et 3.5 p. 8 s.; cf. pour des exemples en matière d'observation transfrontalière: art. 17 du Deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale [RS 0.351.12; ci-après: PAII CEEJ], ATF 132 II 40 du chapitre sur la coopération policière de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen [CAAS], 14 de l'Accord du 27 avril 1999 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire [RS 0.360.136.1; ci-après: Accord avec l'Allemagne], 12 de l'Accord du 9 octobre 2007 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière [RS 0.360.349.1; ci-après: Accord avec la France] et 13 de l'Accord du 6 novembre 2013 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République du Kosovo sur BGE 146 IV 36 S. 44 la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité [RS 0.360.475.1; ci-après: l'Accord avec le Kosovo]; ZIMMERMANN, op. cit., n. 430 ss p. 467 ss; HEIMGARTNER, op. cit., n os 27 s. ad art. 63 EIMP ; et pour les investigations secrètes: art. 19 PAII CEEJ et 17 de l'Accord avec l'Allemagne; ZIMMERMANN, op. cit., n. 434 s. p. 472 ss; HEIMGARTNER, op. cit., n° 26 ad art. 63 EIMP ). S'agissant de l'observation transfrontalière et compte tenu de la gravité de l'atteinte à la souveraineté de l'Etat requis qu'elle implique, cette mesure est soumise à des conditions restrictives dont le dépôt préalable d'une demande d'entraide (ZIMMERMANN, op. cit., n. 430 p. 467 ss; SABINE GLESS, Internationales Strafrecht, 2 e éd. 2015, n. 526 p. 180). Si l'urgence empêche cependant un tel dépôt, certains traités prévoient que les agents de l'Etat requérant continuent leur observation au-delà de la frontière; l'Etat requérant prévient alors immédiatement l'Etat requis et présente sans délai sa demande d'entraide en expliquant pourquoi, dans un premier temps, il a dû se dispenser d'une autorisation (art. 17 ch. 2 PAII CEEJ, 40 ch. 2 CAAS, 14 § 2 de l'Accord avec l'Allemagne et 12 ch. 2 de l'Accord avec la France; ZIMMERMANN, op. cit., n. 431 p. 469 s.; voir également le Message du 26 mars 2003 relatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale [FF 2003 2873, 2893 s.] et celui du 24 novembre 1999 concernant divers accords de coopération policière et judiciaire avec l'Allemagne, ainsi qu'avec l'Autriche et le Liechtenstein [FF 2000 806, 826]). Il y a encore lieu de relever que l'art. 12 ch. 6 de l'Accord avec la France prévoit que l'observation ne peut être exercée qu'à certaines conditions générales, soit en particulier que les moyens techniques nécessaires pour faciliter l'observation sont utilisés conformément à la législation de la Partie sur le territoire de laquelle l'observation est continuée; les moyens

utilisés pour la surveillance optique et acoustique doivent être mentionnés dans la demande d'entraide judiciaire (let. i). S'agissant d'une mesure de contrainte, sa mise en oeuvre passe nécessairement, en droit suisse, par le prononcé d'une décision d'entrée en matière ( art. 80a EIMP [RS 351.1]), suivie d'une décision de clôture ( art. 80d EIMP ). Sur le plan procédural, les autorités suisses ne peuvent adresser à un Etat étranger une demande à laquelle elles-mêmes ne pourraient pas donner suite en vertu de l'EIMP ( art. 30 al. 1 EIMP ). Cette dernière formulation est trop restrictive en tant qu'elle vise uniquement l'EIMP. Elle doit être comprise en ce sens que la Suisse, comme Etat BGE 146 IV 36 S. 45 requérant, ne peut demander l'entraide dans un cas où elle-même, comme Etat requis, ne pourrait l'accorder au regard de l'ensemble des dispositions applicables, qu'elles ressortissent du droit international ou du droit interne (ZIMMERMANN, op. cit., n. 460 p. 496) - dont fait partie le CPP (HEIMGARTNER, op. cit., n° 1 ad art. 30 EIMP ) -, pour autant que ces dernières soient applicables (arrêt 1P.615/2000 du 7 novembre 2000 consid. 2a). Cet examen impose donc de vérifier notamment si le type de mesure de contrainte envisagé pourrait être mis en oeuvre en Suisse en vertu d'un traité, de l'EIMP ou, subsidiairement, du CPP ( art. 12 al. 1 EIMP et 54 CPP; sur le droit applicable, ZIMMERMANN, op. cit., n. 273-1 p. 282 ss; TIZZONI, op. cit., n. 3 p. 392 s., auteur relevant en particulier l'absence de dispositions s'agissant de la localisation transfrontalière par le biais d'une balise GPS [cf. op. cit., ad 4 p. 394]), respectivement de déterminer si les principes valables en l'état en matière d'entraide pourraient être respectés. A cet égard, il sied de préciser qu'à ce jour et en l'absence de traité international ou de disposition interne, l'entraide en matière pénale est en principe refusée par la Suisse lorsqu'elle implique la transmission de renseignements à l'étranger en temps réel à l'insu des personnes en cause ( ATF 143 IV 186 consid. 2.1 et 2.2 p. 188 ss; ZIMMERMANN, op. cit., n. 273-1/b p. 285 s.; voir également l'arrêt 1C\_2/2017 du 27 mars 2017 consid. 2.1 qui mentionne cependant les art. 65a [présence de personnes qui participent à la procédure étrangère], 67a EIMP [transmission spontanée de moyens de preuves et d'information; ZIMMERMANN, op. cit., n. 413 ss p. 443 ss], exceptions auxquelles s'ajoute l' art. 18b EIMP [données du trafic informatique; ZIMMERMANN, op. cit., n. 376 p. 407 s.]). Il résulte des considérations précédentes que, sous réserve de la transmission spontanée de moyens de preuve ou d'informations (cf. en droit suisse l' art. 67a EIMP ), une mesure de contrainte - dont font partie les autres mesures techniques de surveillance (cf. consid. 2.1 ci-dessus) - sur le territoire d'un autre Etat ne peut être, dans la règle, mise en oeuvre qu'en vertu du droit international (traité, accord bilatéral, droit international coutumier) ou, à défaut, en vertu du consentement préalable de l'Etat concerné dans le respect des règles régissant l'entraide judiciaire ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 51; arrêt 1B\_57/2008 du 2 juin 2008 consid. 3.1 et les références citées; ZIMMERMANN, op. cit., n. 285 p. 299; TIZZONI, op. cit., n. 4.1 p. 395; ZIEGLER, op. cit., n. 635 et 637 p. 281 ss). BGE 146 IV 36 S. 46

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.