

# **BGer 1B\_164/2019 vom 15. November 2019**

Bundesgericht, 2019-11-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1B\\_164\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_164_2019)

FR: TF 1B\_164/2019 du 15 novembre 2019

IT: TF 1B\_164/2019 del 15 novembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office ( art. 29 al. 1 LTF ) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 143 IV 357 consid. 1 p. 358).

#### **E. 1.1**

L'arrêt attaqué relatif à l'exploitation de moyens de preuve a été rendu au cours d'une procédure pénale par une autorité statuant en tant que dernière instance cantonale ( art. 80 LTF ); il est donc susceptible d'un recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF . Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et les conclusions qui y sont prises sont recevables ( art. 107 al. 2 LTF ). Le recourant, prévenu qui a pris part à la procédure devant l'instance précédente, a un intérêt juridiquement protégé à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée, dès lors que celle-ci confirme le maintien au dossier d'éléments de procédure prétendument récoltés de manière illicite (art. 81 al. 1 let. a et b ch. 1 LTF).

#### **E. 1.2**

Une décision relative à l'exploitation des moyens de preuve ( art. 140 et 141 CPP ) ne met pas fin à la procédure pénale; elle a donc un caractère incident. Le recours en matière pénale contre une telle décision n'est dès lors recevable qu'aux conditions de l' art. 93 al. 1 let. a LTF , soit en présence d'un préjudice irréparable, l' art. 93 al. 1 let. b LTF n'étant généralement pas applicable en matière pénale ( ATF 144 IV 127 consid. 1.3 p. 130).

##### **E. 1.2.1**

En matière pénale, le préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF se rapporte à un dommage de nature juridique qui ne puisse pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant. Le seul fait qu'un moyen de preuve dont la validité est contestée demeure au dossier ne constitue en principe pas un tel préjudice, dès lors qu'il est possible de renouveler ce grief jusqu'à la clôture définitive de la procédure. En particulier, la question de la légalité des moyens de preuve peut être soumise au juge du fond ( art. 339 al. 2 let. d CPP), autorité dont il peut être attendu qu'elle soit en mesure de faire la distinction entre les moyens de preuve licites et ceux qui ne le seraient pas, puis de fonder son appréciation en conséquence. Les motifs retenus par le juge de première instance peuvent ensuite être contestés dans le cadre d'un appel (cf. art. 398 ss CPP ) et, en dernier ressort, le prévenu peut remettre en cause ce jugement devant le Tribunal fédéral ( art. 78 ss LTF ; ATF 144 IV 127 consid. 1.3.1 p. 130 s.).

Cette règle comporte toutefois des exceptions. Tel est notamment le cas lorsque la loi prévoit expressément la restitution immédiate, respectivement la destruction immédiate, des preuves illicites (cf. par exemple les art. 248, 271 al. 3, 277 et 289 al. 6 CPP). Il en va de

même quand, en vertu de la loi ou de circonstances spécifiques liées au cas d'espèce, le caractère illicite des moyens de preuve s'impose d'emblée. De telles circonstances ne peuvent être admises que dans la situation où l'intéressé fait valoir un intérêt juridiquement protégé particulièrement important à un constat immédiat du caractère inexploitable de la preuve ( ATF 144 IV 127 consid. 1.3.1 p. 131).

### **E. 1.2.2**

En l'occurrence, le recourant ne conteste pas la validité des autorisations données par le Tmc s'agissant de la pose du micro sur ses véhicules et des enregistrements effectués en Suisse. En revanche, il soutient en substance que ces décisions ne couvriraient pas les données collectées à l'étranger, faute notamment de requête d'entraide et/ou d'autorisation des autorités étrangères concernées. Or, selon le recourant, l'enregistrement de conversations privées aurait dû être autorisé par une autorité judiciaire notamment en Espagne, ainsi qu'en France, ce qui n'avait pas été fait; ces moyens de preuve - illicites - seraient donc absolument inexploitable et devraient être détruits.

Selon la jurisprudence, les informations ressortant de surveillances téléphoniques non autorisées ne peuvent absolument pas être exploitées ( art. 141 al. 1 et 277 CPP ); il en va de même lorsque la surveillance téléphonique a été opérée à l'étranger sans les autorisations exigées par le droit du pays concerné ( ATF 138 IV 169 consid. 3.1 p. 170 s.). Eu égard au renvoi actuel et exprès de l' art. 281 al. 4 CPP notamment à l' art. 277 CPP , ces règles doivent également en principe s'appliquer en matière de mesures techniques de surveillance ( ATF 145 IV 42 consid. 3 p. 46; a contrario préalablement à l'entrée en vigueur du CPP, ATF 133 IV 329 consid. 4.4 p. 331 s.; 131 I 272 consid. 4.4 p. 281; arrêt 1P.51/2007 du 24 septembre 2007 consid. 3). Rien ne semble au demeurant justifier d'avoir une approche plus souple si les enregistrements prétendument illicites ont été effectués à l'étranger sans autorisation, configuration qui peut aussi impliquer une éventuelle violation des règles en matière d'entraide internationale pénale. Partant, dans le cadre de l'examen de la recevabilité, ces éléments suffisent pour retenir l'existence d'un préjudice irréparable et il y a lieu d'entrer en matière.

## **E. 2**

Le recourant ne remet pas en cause la validité des décisions du Tmc s'agissant d'autoriser la pose d'un micro en Suisse dans ses véhicules, respectivement permettant l'exploitation des données récoltées en Suisse, y compris celles découvertes fortuitement.

Il soutient en revanche qu'eu égard au principe de territorialité, les prononcés du Tmc ne constitueraient pas une autorisation valable s'agissant des enregistrements réalisés à l'étranger, soit en Espagne, en France, en Allemagne, au Kosovo et en Albanie. Le recourant se prévaut à cet égard de dispositions du droit espagnol et français; selon celles-ci, l'enregistrement de conversations privées demande une autorisation judiciaire (cf. art. 588bis à bis/k du "Real Decreto de 14 septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal" et art. 706-96 ss du Code de procédure pénal français) et, à défaut, cela constituerait une infraction pénale (cf. art. 197 al. 1 et 2 de la "Ley Organica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal" et art. 226-1 et 226-2 du Code pénal français).

### **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, in Rivista ticinese di diritto, II-2019, 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.; 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, 5e 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 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 2ème 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 État 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° s 319 ss p. 94 s.; DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2e éd. 2015, § 3/1 p. 4; ANDREAS R. ZIEGLER, Introduction au droit international public, 3e éd. 2015, n° 507 p. 229 et n° 593 p. 263; ALEXANDRE DYENS, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse, thèse 2014, ad 61 ss p. 19 s.; PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3e éd. 2011, n° 45 p. 15). Les États se doivent ainsi de respecter réciproquement leur souveraineté ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50; 133 I 234 consid. 2.5.1 p. 239).

Eu égard à ces principes, un État n'est pas non plus habilité à effectuer des mesures d'instruction et de poursuite pénale sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier ( ATF 143 IV 21 consid. 3.2 p. 24; 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 [édit.], 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 État ou par ses agents sur le territoire d'un autre État sans un tel accord sont ainsi inadmissibles ( ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50; 133 I 234 consid. 2.5.1 p. 239; ESTHER OMLIN, in Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, 4e éd. 2019, no 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'État 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; CR EIMP, op. cit., n° 745 ad Introduction générale, p. 143). Une violation du principe de territorialité peut aussi intervenir lorsque l'État 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; 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'État étranger; il suffit que ses actes aient des effets sur le territoire de cet État ( 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 480; 6B\_235/2013 du 22 juillet 2013 consid. 1.1; MARKUS HUSMANN, in Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, 4e éd. 2019, nos 2 ss ad art. 271 CP ; OMLIN, op. cit., nos 12 ss ad art. 299 CP ) devant respecter le principe de la territorialité et la souveraineté d'un autre État, 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; 137 IV 33 consid. 9.4.3 p. 50 s.; ZIMMERMANN, op. cit., nos 439 ss p. 479 ss; STEFAN HEIMGARTNER, in Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, 2015, nos 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.; 143 IV 21 consid. 3.2 ss 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., no 14 ad art. 299 CP ; D UPUIS ET AL., Petit commentaire du Code pénal, 2e éd. 2017, n° 5 ad art. 299 CP renvoyant aux n° 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, 3e 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., no 287 p. 300 s.; HEIMGARTNER, op. cit., no 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., no 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 État sur le territoire d'un autre État. 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 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale [PAII CEEJ; RS 0.351.12], 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 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire du 27 avril 1999 [ci-après : Accord avec l'Allemagne; RS 0.360.136.1], 12 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière du 9 octobre 2007 [ci-après : Accord avec la France; RS 0.360.349.1] et 13 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République du Kosovo sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité du 6 novembre 2013 [ci-après : l'Accord avec le Kosovo; RS 0.360.475.1]; ZIMMERMANN, op. cit., nos 430 ss p. 467 ss; HEIMGARTNER, op. cit., nos 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., nos 434 s. p. 472 ss; HEIMGARTNER, op. cit., no 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'État 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, 2e éd. 2015, n° 526 p. 180). Si l'urgence empêche cependant un tel dépôt, certains traités prévoient que les agents de l'État requérant continuent leur observation au-delà de la frontière; l'État requérant prévient alors immédiatement l'État 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 Conseil fédéral relatif au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 26 mars 2003 [FF 2003 2873 p. 2893 s.] et celui concernant divers accords de coopération policière et judiciaire avec l'Allemagne, ainsi qu'avec

l'Autriche et le Liechtenstein du 24 novembre 1999 [FF 2000 806 p. 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 État 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 État requérant, ne peut demander l'entraide dans un cas où elle-même, comme État 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 État 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'État 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° s 635 et 637 p. 281 ss).

### **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 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 (cf. ad B p. 4 de l'arrêt attaqué). Le recourant soutient toutefois aussi qu'il en irait de même en France, en Allemagne, au Kosovo et en Albanie (cf. ad 1.2 p. 7 du recours).

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 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. 3**

Le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé dans la mesure où il confirme le maintien au dossier des enregistrements effectués à l'étranger. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle procède au sens des considérants.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires ( art. 66 al. 4 LTF ). Le recourant, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat sur la question principale, a droit à des dépens à la charge du canton de Vaud ( art. 68 al. 1 LTF ). La requête d'assistance judiciaire est sans objet.

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