

# **BGer 1B\_302/2020 vom 15. Februar 2021**

Bundesgericht, 2021-02-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1B\\_302\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_302_2020)

FR: TF 1B\_302/2020 du 15 février 2021

IT: TF 1B\_302/2020 del 15 febbraio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les trois recours sont formés contre une même décision et les recourants y soulèvent des griefs similaires. Partant, il se justifie de joindre les trois causes et de statuer dans un seul arrêt ( art. 24 PCF , applicable par analogie vu le renvoi de l' art. 71 LTF ).

### **E. 2**

L'arrêt attaqué confirme l'exploitation dans la procédure pénale suisse des données de localisations et de certains enregistrements de conversations effectués à l'étranger entre 2017 et 2018 en raison des autorisations obtenues en 2020 par le biais de l'entraide internationale pénale. Ce prononcé a été rendu au cours d'une procédure pénale par une autorité statuant en tant que dernière instance cantonale ( art. 80 LTF ) et il est donc susceptible d'un recours en matière pénale au sens des art. 78 ss LTF . Les trois recours ont été déposés en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et les conclusions qui y sont prises sont recevables ( art. 107 al. 2 LTF ). Les recourants, prévenus qui ont pris part à la procédure devant l'instance précédente, ont un intérêt juridiquement protégé à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée, dès lors que celle-ci autorise le maintien au dossier de moyens de preuve dont ils contestent la licéité eu égard notamment aux art. 141 al. 1 et 277 CPP (art. 81 al. 1 let. a et b ch. 1 LTF). Pour ces mêmes motifs, la décision attaquée est susceptible de leur causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ; voir également arrêt 1B\_164/2019 du 15 novembre 2019 consid. 1.2, considérant non publié aux ATF 146 IV 36 , mais in Pra 2020 80 792).

Partant, il y a lieu d'entrer en matière.

### **E. 3**

Invoquant une violation des art. 61 et 107 al. 2 LTF , les recourants reprochent à l'autorité précédente de s'être écartée sans droit du renvoi ordonné dans l'arrêt 1B\_164/2019 du 15 novembre 2019, respectivement d'avoir rejeté ce même grief soulevé à l'encontre du Ministère public. Ils soutiennent en particulier que l'arrêt 1B\_164/2019 ne permettait pas d'obtenir rétroactivement les autorisations des pays concernés par les enregistrements litigieux afin de pouvoir les exploiter.

#### **E. 3.1**

Selon l' art. 107 al. 2 1 ère phrase LTF, si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi découle du droit fédéral non écrit ( ATF 143 IV 214 consid. 5.3.3 p. 222). Conformément à ce principe, l'autorité cantonale à laquelle la cause est renvoyée par le Tribunal fédéral est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle est ainsi

liée par ce qui a déjà été définitivement tranché par le Tribunal fédéral et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui ou l'ont été sans succès ( ATF 143 IV 214 consid. 5.2.1 p. 220; 131 III 91 consid. 5.2 p. 94; arrêt 6B\_170/2020 du 15 décembre 2020 consid. 1.2). La motivation de l'arrêt de renvoi détermine dans quelle mesure la cour cantonale est liée à la première décision, prononcé de renvoi qui fixe aussi bien le cadre du nouvel état de fait que celui de la nouvelle motivation juridique; les faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points ayant fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fondés sur une base juridique nouvelle ( ATF 135 III 334 consid. 2 p. 335; arrêt 6B\_989/2020 du 16 novembre 2020 consid. 1.1.1).

### **E. 3.2**

Dans l'arrêt 1B\_164/2019, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à l'autorité précédente pour qu'elle détermine (1) les lieux d'enregistrements, (2) le droit applicable en fonction du pays en cause pour ceux effectués hors de la Suisse et, (3) 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 des moyens de preuve illicite ( ATF 146 IV 36 consid. 2.5 p. 47 s.).

### **E. 3.3**

Eu égard aux différentes demandes d'entraide adressées par le Ministère public à la suite de l'arrêt 1B\_164/2019, au dispositif de son ordonnance du 24 avril 2020 - décision à l'origine de la présente cause - et des conclusions prises devant le Tribunal fédéral notamment par les recourants A. \_\_\_\_\_ (1B\_302/2020), ainsi que B. \_\_\_\_\_ (1B\_307/2020), il y a lieu de considérer que les lieux d'enregistrement des données litigieuses sont établis, à savoir la France, l'Allemagne, l'Espagne, les Pays-Bas, l'Albanie et le Kosovo (cf. également ad A/e p. 7 du recours 1B\_302/2020).

### **E. 3.4**

S'agissant ensuite de l'établissement du droit applicable, la cour cantonale a considéré qu'au vu du consentement obtenu auprès de certains des pays précités, il n'était plus nécessaire de rechercher plus précisément ce que prévoyaient les traités et les règles du droit international public applicables entre la Suisse et ces États (cf. consid. 11.1 p. 18 de l'arrêt attaqué).

Cette appréciation ne saurait cependant être suivie pour les motifs suivants.

#### **E. 3.4.1**

Pour déterminer la portée du renvoi ordonné (cf. consid. 3.2 ci-dessus), le Tribunal fédéral a tout d'abord retenu qu'une mesure de contrainte - dont font partie les autres mesures techniques de surveillance - sur le territoire d'un autre État ne peut être, dans la règle, mise en oeuvre (i) qu'en vertu du droit international ou, (ii) à défaut, en vertu d'un accord préalable de l'État concerné dans le respect des règles régissant l'entraide judiciaire ( ATF 146 IV 36 consid. 2.2 p. 45).

#### **E. 3.4.2**

En l'espèce, le Ministère public n'a pas requis d'autorisation par le biais de l'entraide, préalablement aux opérations de surveillance opérées. Il n'a pas non plus effectué une telle démarche dès le franchissement de la frontière ou dès la connaissance de l'arrivée du véhicule mis sous surveillance dans un autre pays. Dans ces conditions, l'hypothèse du respect des règles sur l'entraide internationale en matière pénale (cf. ch. ii du consid. 3.4.1

précédent) n'entraîne en l'occurrence pas en considération. L'exigence d'une requête "préalable" empêchait ainsi, dans le cas d'espèce, la saisine des autorités étrangères ultérieurement à l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 novembre 2019 afin de régulariser la situation.

Cette conclusion s'impose notamment en raison de la chronologie des événements, ainsi que du fait que le Tribunal fédéral a rappelé les exigences posées à l'art. 30 EIMP (RS 351.1), à savoir que les autorités suisses ne peuvent adresser à un État étranger une demande à laquelle elles-mêmes ne pourraient pas donner suite en vertu du droit international, de l'EIMP et/ou du CPP (cf. ATF 146 IV 36 consid. 2.2 p. 44 s.), cas d'application du principe de la réciprocité (cf. MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Mesures de surveillance suisses et résultats obtenus à l'étranger, in *Forumpoenale* 6/2020 p. 410 [ci-après: *Forumpoenale*], notamment ad II p. 411 et III in fine p. 412; la même in *RSDIE* 2020 557 p. 558 [ci-après : *RSDIE*]). Or, au jour de l'arrêt attaqué 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 (cf. ATF 146 IV 36 consid. 2.2 p. 45). Une telle exigence n'exclut cependant pas toute coopération internationale, mais présuppose, en l'absence de traité international, notamment afin de garder le contrôle sur les données qui seront récoltées, qu'une demande soit adressée à la Suisse en principe préalablement à la mise en oeuvre par ses autorités (STEFAN HEIMGARTNER, in *Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, IRSG*, 2015, n° 27 ad art. 63 EIMP ).

Sauf à encourager des violations des principes de souveraineté et de territorialité, on ne saurait en l'état du droit avoir une approche plus souple lorsque la demande d'entraide est envoyée postérieurement à la mise en oeuvre de la mesure secrète de surveillance, respectivement lorsqu'elle n'est pas adressée rapidement dès la connaissance du passage d'une frontière. Soutenir qu'une demande d'entraide afin d'autoriser des mesures secrètes déjà effectuées - a fortiori terminées - serait admissible en tout temps équivaldrait de plus à admettre la récolte de données en temps réel sur le territoire suisse par des autorités étrangères à l'insu des autorités helvétiques; ces dernières ne disposeraient en outre d'aucune réelle possibilité de contrôle, que ce soit eu égard à la connaissance de l'existence même de la mesure de surveillance secrète opérée sur leur territoire - leur saisine par l'entraide dépendant du bon vouloir des autorités étrangères - que par rapport aux données récoltées, qui se trouveraient en plus déjà en mains des autorités étrangères. Faute au jour de l'arrêt attaqué de disposition légale - de droit international et/ou interne -, cela ne saurait donc correspondre à la volonté du législateur.

Dans son analyse critique de l'arrêt 1B\_164/2019, LUDWICZAK GLASSEY ne remet pas en cause le fait que le droit actuel ne permet pas la communication des données en temps réel à une autorité étrangère (LUDWICZAK GLASSEY, *Forumpoenale*, op. cit., ad V p. 413 et *RSDIE*, op. cit., p. 558). Elle préconise d'ailleurs une modification législative afin de permettre à la Suisse de valider ultérieurement l'utilisation de données enregistrées à l'étranger par des dispositifs de surveillance valablement installés (LUDWICZAK GLASSEY, *Forumpoenale*, op. cit., ad IV p. 412; M ARKUS HUSMANN, BGer 1B\_164/2019 [zur Publikation vorgesehen] : Tragweite des Territorialitätsprinzips hinsichtlich des Verwendung von Aufzeichnungen, die von geheimen, in der Schweiz bewilligten technischen Überwachungsmaßnahmen stammen, in *AJP/PJA* 3/2020 p. 364 ss, ad D/5 p. 372, auteur moins affirmatif).

Pour permettre l'entraide a posteriori, LUDWICZAK GLASSEY propose encore d'avertir l'État requis que la réciprocité pourrait ne pas être garantie (LUDWICZAK GLASSEY, *Forumpoenale*, op. cit., ad IV p. 412). Dans la mesure où il ne ressort pas des demandes d'entraide que le Ministère public aurait procédé de cette manière, il n'y a pas lieu d'examiner plus en avant cette proposition.

Ainsi, la Suisse ne pouvait pas demander a posteriori une mesure d'entraide visant à valider la transmission des données qui avaient été récoltées en temps réel par des mesures de surveillance secrètes sur le territoire d'un État étranger. L'impossibilité d'accorder la réciprocité à ces mêmes autorités judiciaires s'opposait à une telle démarche ( art. 30 EIMP ).

### **E. 3.4.3**

Par conséquent, la seule possibilité pour pouvoir éventuellement exploiter les données résultant des mesures de surveillance effectuées - "en l'état" illicites - était dans le cas d'espèce l'existence d'une norme de droit international - traité, accord bilatéral, droit international coutumier (cf. ch. i du consid. 3.4.1 ci-dessus) - autorisant leur mise en oeuvre, ce que l'établissement du droit applicable - tel qu'ordonné par le Tribunal fédéral - tendait à déterminer. De plus, dès lors que la surveillance avait déjà été effectuée, l'éventuelle existence d'une telle disposition présupposait encore qu'aucune formalité préalable ne devait être respectée, d'une part, de l'État requérant (demande ou annonce de la mesure avant sa mise en oeuvre) et/ou, d'autre part, du droit interne de l'État requis (procédure judiciaire - peut-être aussi antérieure à toute mise en oeuvre - d'autorisation). En l'absence de telles dispositions, les résultats de ces mesures de surveillance secrètes non autorisées doivent être immédiatement détruites (cf. art. 277 al. 1 CPP par renvoi de l' art 281 al. 1 CPP ; ATF 146 IV 36 consid. 2.1 p. 41; 145 IV 42 consid. 3 p. 45 s.).

Le Ministère public ne pouvait donc pas se dispenser d'établir le droit applicable puisque c'était l'unique possibilité permettant, le cas échéant, de considérer que les mesures entreprises puissent être licites. En confirmant cette manière de procéder, la cour cantonale viole le droit international, conventionnel et fédéral et, partant, ce grief doit être admis.

## **E. 4**

Le renvoi dans la cause 1B\_164/2019 résultait de l'absence d'indication précise sur les lieux d'enregistrements - notamment ceux à l'étranger -, ce qui ne permettait pas d'établir si un traité liant la Suisse à l'un des pays concernés autorisait les enregistrements litigieux.

A cet égard, les recourants ne remettent pas en cause le fait que, selon l'ordonnance du Ministère public du 24 avril 2020, des données ont été récoltées en France, en Espagne, aux Pays-Bas et en Allemagne, respectivement auraient pu être recueillies en Albanie et au Kosovo (cf. également consid. 3.3. ci-dessus). Il est ainsi possible de procéder à l'examen du droit applicable.

### **E. 4.1**

S'agissant des enregistrements éventuellement effectués au Kosovo et en Albanie, il ressort de l'arrêt attaqué qu'aucune demande d'entraide n'a été adressée à ces deux États. Quant à l'ordonnance du 24 avril 2020 du Ministère public, elle relevait que, si des données avaient été collectées en Albanie ou au Kosovo, elles n'avaient pas été exploitées, constatation qui découlait de l'absence de mention de tels enregistrements dans le rapport de police et de présentation de conversations enregistrées dans ces deux pays aux personnes entendues; il

était cependant constaté que, si de telles données existaient, elles étaient inexploitable.

Il n'est donc plus contesté que les mesures techniques de surveillance secrète éventuellement effectuées dans ces deux pays n'ont pas été valablement autorisées. Les éventuelles informations recueillies lors de ces mesures sont ainsi inexploitable ( art. 277 al. 2 CPP ) et les enregistrements éventuellement collectés en Albanie et/ou au Kosovo doivent être immédiatement détruits ( art. 277 al. 1 CPP applicable par renvoi de l' art. 281 al. 4 CPP ; ATF 146 IV 36 consid. 2.1 p. 41; 145 IV 42 consid. 3 p. 45 s.; 138 IV 169 consid. 3.1 p. 171; Sylvain MÉTILLE, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2e éd. 2019, nos 8 s. ad art. 277 CPP ).

#### **E. 4.2**

En ce qui concerne les autres pays, la France, les Pays-Bas, l'Allemagne et l'Espagne sont parties à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (CEEJ; RS 0.351.1), respectivement pour les trois premiers États précités au Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001 (PAII CEEJ; RS 0.351.12); ce second accord n'est en effet entré en vigueur vis-à-vis de l'Espagne que le 1er juillet 2018, soit ultérieurement aux périodes d'enregistrements litigieuses. Cela étant, aucune disposition de ces deux accords ne traite spécifiquement des mesures secrètes de surveillance transfrontalière par des moyens techniques.

S'agissant d'autres traités, le Ministère public ne se prévaut d'aucun autre accord multilatéral, notamment découlant de l'acquis de Schengen (cf.

<https://www.admin.ch/opc/fr/european-union/international-agreements/008.html>, consulté le 15 décembre 2020, 16h42) ou des conventions relatives à la lutte contre les produits stupéfiants (dont par exemple la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 [RS 0.812.121.0] ou la Convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes [RS 0.812.121.03; cf. en particulier son art. 7]), pour démontrer une possibilité de collaboration facilitée en matière de surveillance par des moyens techniques sur le territoire d'un État tiers.

Aucun accord bilatéral ne lie la Suisse aux Pays-Bas et à l'Espagne. Quant à ceux existant, ils ne prévoient pas spécifiquement la mise en oeuvre de dispositifs techniques afin d'opérer une surveillance secrète sur le territoire de l'autre État partie, soit :

1. avec l'Allemagne, l'Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne conclu le 13 novembre 1969 en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et de faciliter son application (RS 0.351.913.61; entré en vigueur le 1er janvier 1977) et l'Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne conclu le 27 avril 1999 relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire (ci-après : l'Accord avec l'Allemagne; RS 0.360.136.1; entré en vigueur le 1er mars 2002);

2. avec la France, l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française conclu le 28 octobre 1996 en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.934.92; entré en vigueur le 1er mai 2000), l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française conclu le 9 octobre 2007 relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière (ci-après : l'Accord avec la France; RS 0.360.349.1; entré en vigueur le 1er juillet 2009) et son Protocole additionnel du 28 janvier

2002 (RS. 0.360.349.11; entré en vigueur à la date précitée).

### **E. 4.3**

En matière de mesures de surveillance secrètes, en particulier pour la pose d'une balise GPS, une application par analogie des dispositions relatives à l'observation transfrontalière en cas de franchissement des frontières sans autorisation préalable pourrait entrer en considération (dans ce sens, LUDWICZAK GLASSEY, *Forumpoenale*, op. cit., ad III p. 412). Cette question n'a cependant pas à être approfondie pour résoudre le cas d'espèce. Les demandes d'entraide sont ici intervenues près de deux ans après la collecte des données : cela ne constitue certainement pas une communication immédiate à l'État concerné dès le franchissement de sa frontière et/ou une requête d'entraide transmise sans délai. Or, il s'agit là des conditions requises dans ces accords pour permettre, le cas échéant, l'obtention d'une autorisation afin de poursuivre l'observation en cours sur le territoire étranger (cf. art. 17 ch. 2 PAII CEEJ, 40 ch. 2 de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen [CAAS], 14 § 2 de l'Accord avec l'Allemagne et 12 ch. 2 de l'Accord avec la France). Cette conclusion s'impose d'autant plus que ces dispositions prévoient également la fin de l'observation par l'État requérant si l'autorisation de l'État requis - sollicitée selon les modalités susmentionnées - n'est pas obtenue dans les cinq heures (art. 17 ch. 2 in fine PAII CEEJ et 14 ch. 2 in fine de l'Accord avec l'Allemagne), respectivement dans les douze heures (art. 12 ch. 2 in fine de l'Accord avec la France). Pour ce même motif - soit la chronologie d'espèce -, le seul fait que l'art. 12 ch. 6 let. i de l'Accord avec la France mentionne une éventuelle utilisation de moyens techniques - dont ceux permettant une surveillance optique et acoustique - en cas d'observation transfrontalière ne permet pas d'avoir une autre appréciation.

C'est le lieu de préciser que dès lors qu'il est question en l'occurrence d'autorisations relatives à une surveillance secrète par des moyens techniques dite "initiale", la présente configuration n'est pas non plus similaire à celle qui prévaut en cas de découvertes fortuites. Il n'y a ainsi pas lieu d'appliquer par analogie la jurisprudence en la matière, qui n'exclut pas dans certaines circonstances que la demande d'autorisation d'exploitation des découvertes fortuites puisse ne pas intervenir dans les 24 heures suivant leur découverte (délai d'ordre, art. 274 al. 1 et 278 al. 3 CPP; arrêts 1B\_92/2019 du 2 mai 2019 consid. 2.3 et 2.4; 1B\_274/2015 du 10 novembre 2015 consid. 3.2 publié in SJ 2016 I 474).

### **E. 4.4**

Dès lors, aucun traité ou accord international n'autorise sans formalité particulière des mesures secrètes de surveillance par le biais de moyens techniques sur le territoire d'un État étranger ou ne permet de valider des mesures illicites plus de deux ans après leur mise en oeuvre. Les données obtenues (conversations et localisations) - respectivement les découvertes fortuites pouvant en découler - en Allemagne, en France, en Espagne et aux Pays-Bas sont donc illicites et doivent être immédiatement détruites ( art. 277 al. 1 CPP ).

### **E. 5**

S'agissant des preuves dites dérivées, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de statuer en tant que première instance sur cette problématique. La cause doit dès lors être renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle procède à l'examen des griefs soulevés en lien avec cette question s'agissant des pays concernés. Elle devra en particulier déterminer quelles sont lesdites preuves et dans quelle mesure elles peuvent être maintenues au dossier ou en être écartées jusqu'à la clôture de la procédure (cf. art. 141 al. 4 et 5 CPP ).

## **E. 6**

Vu l'issue du litige qui conduit à l'annulation de l'arrêt attaqué et à la destruction de l'ensemble des éléments de preuve litigieux, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs soulevés par les recourants (dont la prétendue incompétence des autorités étrangères saisies des demandes d'entraide de 2020 [cf. en particulier ad IV/3 p. 14 ss du recours 1B\_307/2020] et la violation alléguée du droit de participer à la procédure d'entraide auprès des autorités étrangères [cf. notamment ad IV/5 p. 19 du recours et ad 4 p. 7 s. des observations du 25 août 2020 dans la cause 1B\_307/2020]).

## **E. 7**

Il s'ensuit que les trois recours doivent être admis. L'arrêt attaqué est annulé. La destruction immédiate des données de localisation et des conversations enregistrées effectuées par le biais de dispositifs techniques de surveillance en Allemagne, en France, en Espagne, aux Pays-Bas, au Kosovo et en Albanie est ordonnée. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle procède à cette destruction, entre en matière sur les griefs soulevés en lien avec les preuves dites dérivées et rende une nouvelle décision, y compris sur les frais et dépens.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires ( art. 66 al. 4 LTF ). Les recourants, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un avocat, ont chacun droit à des dépens à la charge du canton de Vaud ( art. 68 al. 1 LTF ). Les requêtes d'assistance judiciaire sont dès lors sans objet.

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