

BStGer RR.2015.20 vom 22. April 2015

Bundesstrafgericht, 2015-04-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2015.20

FR: TPF RR.2015.20 du 22 avril 2015

IT: TPF RR.2015.20 del 22 aprile 2015

Regeste

Entraide pénale internationale avec le Canada. Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 18a EIMP); remise de moyens de preuve (art. 74 EIMP; effet suspensif; art. 80I EIMP).

Erwägungen

E. 1

L'entraide judiciaire entre le Canada et la Confédération suisse est prioritairement régie par le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale du 7 octobre 1993 entre la Suisse et le Canada (RS 0.351.923.2; ci-après: TEJ-CAN), entré en vigueur le 17 novembre 1995. Les dispositions de ce traité l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11). Le droit interne reste toutefois applicable aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le traité et lorsqu'il est plus favorable à l'entraide (ATF 137 IV 33 consid. 2.2.2; 136 IV 82 consid. 3.1; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.9 du 15 avril 2010, consid. 1.3). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

E. 2

La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de clôture de la procédure d'entraide rendues par les autorités cantonales ou fédérales d'exécution et, conjointement, contre les décisions incidentes (art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP, mis en relation avec l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]. Elle l'est également pour connaître des recours contre des décisions rendues par le TMC en application de l'art. 18a EIMP (arrêt du Tribunal fédéral 1C_36/2015 du 19 janvier 2015).

E. 3

L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie d'une

- 12 -

requête commune par plusieurs administrés (consorts) ou saisie de prétentions étrangères l'une à l'autre par un même administré, de les diviser; c'est le droit de procédure qui régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 173). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi fédérale sur la procédure administrative (ci-après: PA; RS 172.021), applicable à la présente cause par renvoi de l'art. 12 al. 1 EIMP, l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise

en pratique (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2011.103-104/136-138 du 21 novembre 2011, consid. 2 et références citées). En l'occurrence, il y a lieu de procéder à la jonction des procédures, RR.2015.20 et RR.2015.36 compte tenu du fait que les deux problématiques qu'elles concernent sont intrinsèquement liées.

E. 4

Les deux recours ont été déposés dans le respect des délais légaux.

E. 5.1

Dans un premier acte du 15 janvier 2015, le recourant s'en prend à la communication que lui a faite le MPC le 30 décembre 2014 l'informant de la décision du TMC du 28 novembre 2014 autorisant l'utilisation, dans la procédure d'entraide avec le Canada, des résultats de la surveillance téléphonique opérée dans le cadre de la procédure pénale nationale sur le numéro de C. Ltd que A. était soupçonné utiliser (RR.2015.20 act. 1). Il fait valoir à ce titre notamment que l'information spontanée qu'avait faite le MPC en juillet 2012 serait illégale en tant qu'elle se fondait sur une utilisation non autorisée de la découverte fortuite concernée. Par ailleurs, il relève que le MPC a conservé intactes les données récoltées au moyen de la surveillance téléphonique alors même que la procédure suisse s'est terminée en date du 1er octobre 2014 et qu'elles auraient donc dû être détruites. Le MPC s'en remet pour sa part à justice s'agissant de la recevabilité du recours. Sur le fond, il soutient que le recourant n'est pas habilité à contester la manière dont les écoutes téléphoniques ont été traitées dans la procédure pénale dont elles proviennent. Il fait valoir que celles-ci ont été obtenues légalement dans le cadre de la procédure pénale nationale et n'ont pas été contestées. Il rappelle que de graves soupçons fondés justifiaient la surveillance intervenue et que le principe de subsidiarité ne s'applique pas aux découvertes fortuites. L'OFJ considère quant à lui que le recours est irrecevable, la décision du TMC ne pouvant être attaquée qu'avec la décision de clôture.

- 13 -

E. 5.2.1

L'art. 18a EIMP prévoit la possibilité de procéder à de la surveillance des télécommunications si l'Etat requérant le demande expressément. Dans un tel cas, si c'est le MPC qui est saisi de cette requête, l'ordre de surveillance est soumis à l'approbation du TMC (art. 18a al. 3 let. a EIMP). Conformément à l'art. 18a EIMP, les conditions de la surveillance et la procédure sont régies par les art. 269 à 279 CPP et par la loi fédérale concernant la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT; RS 780.1). Ainsi, à teneur de l'art. 279 CPP, au plus tard lors de la clôture de la procédure préliminaire, le ministère public communique au prévenu ainsi qu'au tiers qui ont fait l'objet d'une surveillance les motifs, le mode et la durée de la surveillance (al. 1). Les personnes dont le raccordement de télécommunication ou l'adresse postale ont été surveillés ou celles qui ont utilisé le même raccordement ou la même adresse postale peuvent interjeter recours conformément aux art. 393 à 397 CPP. Le délai de recours commence à courir dès la réception de la communication (al. 3).

E. 5.2.2

Le cas de figure concerné ici n'est ainsi pas expressément prévu par le législateur. En effet, en l'espèce, les données qui ont été communiquées aux autorités canadiennes ne résultent pas d'une surveillance des télécommunications ordonnée suite à la demande de l'Etat

requérant dans le cadre d'une demande d'entraide mais de contrôles téléphoniques exécutés dans la procédure pénale nationale. Il reste que faisant application par analogie de l'art. 18a EIMP précité, le MPC a saisi le TMC qui lui a délivré l'autorisation d'utiliser les résultats y relatifs dans le cadre de la procédure d'entraide avec le Canada, à la condition toutefois que les personnes visées par la surveillance en soient dûment informées en application de l'art. 279 al. 1 CPP. Le MPC s'est exécuté en ce sens par son courrier du 30 décembre 2014 (RR.2015.20 act. 1.3). C'est cet écrit qui a ouvert la voie du recours au sens de l'art. 279 al. 3 CPP précité (arrêt du Tribunal fédéral 1B_211/2012 du 2 mai 2012, consid. 1.2).

E. 5.2.3

In casu, on peut laisser ouverte la question de savoir si ce courrier doit être considéré comme une décision incidente à l'instar des décisions rendues en matière de scellés dans le cadre de l'entraide (ATF 138 IV 40 consid. 2.3.1; 126 II 495 consid. 3) ou si le renvoi par l'art. 18a EIMP, en lien avec l'art. 279 al. 3 CPP, aux dispositions sur le recours dans le CPP ouvre une voie de droit spéciale. En effet, il y a lieu en tous les cas d'examiner le bien-fondé du recours. De fait, sous l'angle des voies de droit au sens du CPP, il faut admettre que le recourant, en tant que personne ayant utilisé le raccordement qui a fait l'objet de la surveillance, est habilité à recourir contre la communication de l'utilisation de la découverte fortuite obtenue dans ce contexte (art. 279 al. 3 CPP; ATF 140 IV 40 consid. 4.1). Par

- 14 -

ailleurs, sous l'angle d'un recours en matière d'entraide, dans un arrêt de juillet 2014, le Tribunal fédéral a rappelé que les décisions d'autorisation concernant la surveillance téléphonique, et les décisions connexes sur l'utilisation de découvertes fortuites, constituent des décisions de mesures de contraintes et des décisions incidentes qui causent un préjudice immédiat et irréparable (arrêt du Tribunal fédéral 1B_59/2014 du 28 juillet 2014, consid. 1.1 et référence citée). Il convient donc d'entrer en matière.

E. 5.3

Le ministère public peut surveiller, quant à leur contenu, la poste et le trafic des télécommunications d'un prévenu ou, dans certains cas, d'un tiers, lorsque de graves soupçons existent qu'une infraction mentionnée à l'art. 269 al. 2 CPP a été commise (art. 270 en relation avec l'art. 269 al. 1er let. a CPP). En outre, la gravité de l'infraction doit justifier la surveillance et les opérations d'instruction mises en œuvre jusqu'alors doivent être restées infructueuses, respectivement il doit être démontré que ces investigations en seraient compliquées de manière disproportionnée sinon vouées à l'échec (art. 269 al. 1er let. b et c CPP). En d'autres termes, la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication doit constituer l'ultima ratio et doit n'être prononcée que subsidiairement à d'autres mesures moins invasives (MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit Commentaire, Code de procédure pénale, Bâle 2013, n° 8 ad art. 269 CPP). Le simple fait que l'infraction en jeu soit énumérée dans la liste de l'art. 269 al. 2 CPP ne suffit pas pour en mesurer la gravité; une prise en compte de la nature concrète de l'acte commis est nécessaire (JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénal, Berne 2013, n 14094, p. 311 et références citées). La loi oblige l'autorité requérante à apporter des indices concrets tendant à démontrer que la personne dont l'adresse, les raccordements fixe ou mobile, ou encore le courrier électronique doivent être surveillés, a fort probablement commis l'une des infractions énumérées à l'art. 269 al. 2 CPP. De vagues suspicions ne se fondant sur

aucun motif objectif ne suffisent pas. Les charges doivent être objectivement fondées et vérifiables (ZUFFEREY/BACHER, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n°8 ad art. 269 CPP). En raison de l'atteinte portée aux droits fondamentaux, la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication est soumise à l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte (art. 272 al. 1 CPP; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., n°4 ad remarques préliminaires aux articles 269 à 279 CPP). Si, lors d'une surveillance, d'autres infractions que celles qui ont fait l'objet de l'ordre de surveillance sont découvertes, les informations recueillies peuvent être utilisées à l'encontre du prévenu lorsqu'une surveillance aurait pu être ordonnée aux fins de la poursuite de ces actes (art. 278 al. 1 CPP). Dans ce cas notamment, le ministère public ordonne immédiatement la surveillance et engage la procédure d'autorisation (art. 278 al. 3 CPP). Les documents et enregis-

- 15 -

trements qui ne peuvent être utilisés au titre de découvertes fortuites doivent être conservés séparément et détruits immédiatement après la clôture de la procédure (art. 278 al. 4 CPP). Des découvertes faites par hasard ne peuvent être utilisées dans la procédure pénale ou dans le cadre de mesures d'entraide judiciaire que si, à la suite d'un examen ultérieur, on constate que les conditions pour leur obtention légale étaient remplies (ATF 126 II 495 consid. 5 e/dd p. 505).

E. 5.4.1

Le recourant fait valoir d'abord que les données visées par la demande d'autorisation du 26 novembre 2014 étaient détenues par le MPC en violation des exigences légales et ne peuvent dès lors pas être légitimement exploitées. Le MPC retient pour sa part que le recourant n'est pas habilité à contester la manière dont les écoutes téléphoniques ont été traitées dans la procédure pénale dont elles proviennent. Il rappelle au surplus que les mesures de surveillance en question avaient également été autorisées contre un co-accusé contre lequel la procédure pénale nationale est encore pendante.

E. 5.4.2

A teneur de l'art. 276 al. 1 CPP, les documents et enregistrements collectés lors d'une surveillance dûment autorisée qui ne sont pas nécessaires à la procédure doivent être conservés séparément et détruits immédiatement après la clôture de la procédure. Le but de cette disposition est d'empêcher ceux qui ont accès au dossier de prendre connaissance d'éléments qui sont sans pertinence quant à la preuve (BACHER/ZUFFEREY, op. cit., no 2 ad art. 276; HANSJAKOB, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2e éd., Zürich/Bâle/Genève 2014, n 1 ad art. 276). Il faut attendre que la clôture de la procédure soit définitive pour procéder à la destruction des documents (BACHER/ZUFFEREY, op. cit., no 4 ad art. 276; HANSJAKOB, op. cit., no 12 ad art. 276; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2e éd., Zurich/St-Gall 2013, no 4 ad art. 276; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., n°12 ad art. 278 CPP).

E. 5.4.3

Dans le cas d'espèce, il est vrai que le recourant a été jugé par la Cour des affaires pénales début octobre 2014 et que ledit jugement n'a pas fait l'objet d'un recours; celui-ci est donc définitif (RR.2015.20 act. 1.9). Il reste que la procédure pénale nationale n'est toujours pas

définitivement clôturée. Elle est en effet encore pendante contre un co-prévenu du recourant, lequel est également visé par les mesures de surveillance techniques querellées (RR.2015.20 act. 10.1 p. 4). Il est logique, dans ces conditions, que les écoutes téléphoniques effectuées figurent encore aujourd'hui au dossier de la procédure pénale nationale. C'est dès lors à tort que le recourant sou-

- 16 -

tient que le MPC détenait illégalement les résultats des écoutes téléphoniques concernées. Partant, le grief est rejeté.

E. 5.5.1

Le recourant soutient ensuite que l'information spontanée adressée par le MPC aux autorités canadiennes le 17 juillet 2012 (RR.2015.20 act. 1.5) constituerait, en elle-même, une exploitation non autorisée de découvertes fortuites. Il en résulterait que la demande d'entraide qui en découle serait illégale. Le MPC précise quant à lui que les écoutes téléphoniques concernées auraient été obtenues légalement et n'ont pas été contestées dans le cadre de la procédure pénale nationale. Il relève au surplus que cet argument devrait être invoqué dans le cadre d'un recours contre l'ordonnance de clôture en tant que le grief est dirigé contre l'application de l'art. 67a EIMP.

E. 5.5.2

En l'occurrence, il faut admettre avec le MPC que la critique formulée par le recourant quant à la validité de l'information spontanée à laquelle a procédé le MPC en juillet 2012 touche à l'application de l'art. 67a EIMP et ne pourra être invoquée que lorsque la décision de clôture aura été rendue. Par économie de procédure, il convient cependant de relever ce qui suit.

E. 5.5.3

Les découvertes fortuites peuvent être de deux sortes: elles peuvent porter soit sur des infractions que l'on ne s'attendait pas à découvrir (art. 278 al. 1 CPP), soit sur des personnes que l'on ne considérait pas comme suspects jusqu'alors (art. 278 al. 2 CPP; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., no 3 ad art. 278 et référence citée; JEANNERET/KUHN, op. cit., no 14104ss; SCHMID, op. cit., no 2 ad art. 278; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2e éd., Bâle, no 9ss ad art. 278).

E. 5.5.4

La procédure nationale a d'abord été ouverte contre A. pour blanchiment d'argent aggravé (art. 305bis CP) et corruption active d'agents publics étrangers (art. 322septies CP) en lien avec l'obtention pour le groupe B. de contrats d'agence sur le marché libyen. Les mesures de surveillance téléphonique effectuées dans la procédure nationale ont été réalisées en premier lieu eu égard à ces deux infractions et pour ce seul complexe de faits (voir à ce sujet dossier du TMC, décision d'autorisation du TMC du 24 août 2011). Or, le contenu des écoutes a permis de découvrir que le recourant aurait également pu participer à la corruption active d'agents publics étrangers (art. 322septies CP) en relation avec la rénovation de l'hôpital D. à Z. A l'époque, ces nouveaux éléments de faits ne constituaient pour le MPC qu'une subdivision factuelle complémentaire à la suspicion de corruption initiale. Ainsi, le fait que les agents étrangers fussent libyens ou canadiens

n'importait pas dans la mesure où, du point de vue helvétique, l'infraction dont le recourant était suspecté demeurait celle de corruption active d'agents publics étrangers (art. 322septies CP), pour laquelle le TMC avait valablement délivré l'autorisation de surveillance. Il faut dès lors admettre que le volet de corruption canadien repéré lors desdites écoutes ne constituait pas une découverte fortuite. Il ne s'agissait en effet pas d'une nouvelle infraction au sens de l'art. 278 al. 1 CPP décelée à l'encontre du recourant (voir supra consid. 5.3.2). A ce titre, contrairement à ce que soutient ce dernier, l'utilisation par le MPC des informations en découlant ne nécessitait pas d'autorisation du TMC au sens de l'art. 278 al. 3 CPP. La situation est en revanche différente s'agissant des aspects issus desdites surveillances téléphoniques révélant la réalisation possible d'escroquerie (art. 146 CP) et de gestion déloyale (art. 158 CP) par A. Etant donné qu'il s'agissait là d'éléments relatifs à de nouvelles infractions à charge du recourant, pour lesquelles l'autorisation de surveillance initiale n'avait pas été délivrée, les détails y relatifs constituaient des découvertes fortuites, pour l'utilisation desquelles le MPC avait, à l'époque, dûment requis l'autorisation du TMC (RR.2015.20 act. 1.4). Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le MPC a pu, sans autre, se référer au volet canadien de la corruption active d'agents publics étrangers tiré des écoutes téléphoniques nationales dans son information spontanée à l'intention des autorités canadiennes du 17 juillet 2012. Les demandes d'entraide canadiennes s'appuyant notamment sur ces éléments gardent dès lors toute leur validité. Dans ce contexte, le fait que le MPC ait par la suite classé le volet canadien de corruption active d'agents publics étrangers (RR.2015.20 act. 1.8) n'est pas déterminant puisque ce qui est décisif c'est la situation factuelle au moment où les mesures de surveillance sont prononcées (ATF 140 IV 40 consid. 4.2). A l'époque où les écoutes téléphoniques ont été réalisées, respectivement lors de l'information spontanée aux autorités canadiennes, le MPC ne pouvait savoir qu'il ne pourrait poursuivre cette infraction faute de compétence territoriale (RR.2015.20 act. 1.8). On relèvera enfin que ce qui a amené le MPC en novembre 2014 à demander au TMC l'autorisation d'utiliser les données tirées des écoutes téléphoniques de 2011 s'inscrit dans une autre constellation. En effet, suite à la demande d'entraide canadienne complémentaire du 18 novembre 2014, sous l'angle de la double incrimination, la qualification juridique de certaines des infractions en cause différait. Ainsi, la corruption reprochée au recourant - ayant justifié initialement les mesures de surveillance techniques à son encontre dans la procédure suisse - ne pouvait plus être celle visant des agents étrangers, mais bien des agents publics domestiques au

sens de l'art. 322ter CP (Message concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète du 1er juillet 1998 [ci-après: le Message]; FF 1998 IV 3689, p. 3710). Il s'agissait là d'une infraction nouvelle retenue à charge du recourant puisqu'elle ne figurait pas parmi les infractions pour lesquelles l'autorisation de procéder aux surveillances techniques avait été délivrée en 2011. A ce titre, les informations y relatives figurant dans les résultats des écoutes téléphoniques de la procédure nationale constituaient une découverte fortuite, pour l'utilisation de laquelle le MPC avait besoin de l'approbation du TMC au sens de l'art. 278 al. 3 CPP, demandée, à bon droit par le MPC le 26 novembre 2014 (RR.2015.20 act. 1.2).

E. 5.5.5

Compte tenu des considérations qui précèdent, si le grief avait été recevable, il aurait dû être écarté.

E. 5.6.1

Le recourant soutient ensuite que ni le MPC ni l'autorité requérante en entraide ne rendraient vraisemblable l'existence d'infractions listées dans le catalogue de l'art. 269 al. 2 CPP. Il retient que la demande d'entraide n'était accompagnée d'aucune preuve étayant les explications fournies.

E. 5.6.2

Le ministère public peut ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication à la condition que de graves soupçons laissent présumer que l'une des infractions visées à l'al. 2 a été commise (art. 269 al. 1 let. a CPP par renvoi de l'art. 18a al. 4 EIMP). Au nombre des infractions énumérées à l'al. 2 de ladite disposition figurent notamment la corruption d'agents publics suisses (art. 322ter CP) et la corruption d'agents publics étrangers (art. 322septies CP). Pour la procédure d'autorisation, le MPC doit fournir au TMC, entre autres, un exposé des motifs ainsi que les pièces du dossier qui sont déterminantes pour l'autorisation de surveillance (art. 274 al. 1 let. b CPP par renvoi de l'art. 18a al. 4 EIMP). L'exposé des motifs peut être sommaire (MOREILLON/PAREIN-REYMOND, op. cit., no 4 ad art. 274; HANSJAKOB, op. cit., no 3 ad art. 274).

E. 5.6.3

Dans sa demande au TMC d'autoriser l'exploitation des découvertes fortuites, le MPC a détaillé les soupçons des autorités canadiennes à l'égard du recourant et de ses co-prévenus relativement à l'attribution du projet D. au groupe B. par le biais de versements corruptifs à des agents publics canadiens (RR.2015.20 act. 1.2 p. 4 ss). Sous l'angle de la double incrimination, cette infraction correspond à la corruption d'agents publics domestiques au sens de l'art. 322ter CP, laquelle figure dans l'énumération de l'art. 269 al. 2 let. a CPP. Le MPC y a également précisé quels étaient les éléments sur lesquels se fondaient l'autorité requérante à cet égard (re-

- 19 -

construction des flux de fonds, saisie de documents informatiques, témoignages; RR.2015.20 act. 1.2 p. 5). Il a au surplus joint à sa demande d'autorisation, outre la demande d'entraide elle-même et différentes autres annexes, des extraits des procès-verbaux des contrôles téléphoniques de 2011 (RR.2015.20 act. 1.2 p. 5-8). Ces éléments suffisaient pour étayer valablement la demande d'autorisation. Il convient de rappeler en outre qu'en entraide, les autorités requérantes n'ont pas à apporter la preuve, au sens strict, des faits objets de la demande (arrêt du Tribunal fédéral 1A.5/2002 du 18 juin 2002 consid. 2.1.1 et références citées). Sauf contradictions ou impossibilités manifestes, les soupçons invoqués par l'autorité requérante n'ont pas à être vérifiés dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire (arrêt du Tribunal fédéral 1A.297/2004 du 17 mars 2005, consid. 2.1).

E. 5.6.4

L'argument doit donc être rejeté.

E. 5.7.1

Le recourant argue également du fait que le MPC n'aurait ni démontré ni rendu vraisemblable que l'exploitation des découvertes fortuites constituait une *ultima ratio* indispensable à la procédure pénale étrangère compte tenu de la durée de cette dernière et des informations dont disposaient déjà l'autorité requérante. Le MPC retient pour sa part que le principe de subsidiarité n'est pas intégralement applicable à l'autorisation d'exploiter des découvertes fortuites.

E. 5.7.2

Les arguments du recourant sont dépourvus de fondement. En effet, le ministère public peut certes ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication à la condition que les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès ou les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles en l'absence de surveillance (art. 269 al. 1 let. c CPP par renvoi de l'art. 18a al. 4 EIMP). Toutefois, en présence de découvertes fortuites, les conditions relatives à la forte suspicion et à la subsidiarité (...), sont sans effet dès lors que la découverte motive la forte suspicion et entraîne de nouveaux actes d'instruction (le Message, p. 3721). De fait, dans la mesure où pour qu'il y ait découverte fortuite, une surveillance doit de facto déjà être en cours, s'interroger sur les autres moyens grâce auxquels l'infraction aurait pu être élucidée n'a aucun sens (HANSJAKOB, op. cit., no 10 in fine ad art. 278; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, op. cit., no 21 ad art. 278 et références citées).

E. 5.8.1

Enfin, le recourant se prévaut d'une violation du principe de la proportionnalité étant donné que le TMC n'aurait pas examiné cette question. Selon

- 20 -

lui, ce dernier aurait dû savoir que son autorisation légitimerait le MPC à transmettre immédiatement les données issues des contrôles téléphoniques avant même que le recourant ait pu recourir contre leur transmission. Or, vu l'état d'avancement de la procédure de l'autorité requérante, elle n'avait manifestement aucun besoin urgent de recueillir ces données.

E. 5.8.2

Dans sa décision, le TMC a relevé sous le chapitre «conditions et proportionnalités» que les soupçons tels qu'ils ressortaient de la requête du MPC étaient graves et que les infractions en cause faisaient partie de celles énumérées à l'art. 269 al. 2 let. a CPP. Il a également souligné à titre de restriction l'obligation d'informer les personnes ayant fait l'objet de la surveillance (act. 1.1 p. 4) et ce, en dépit de la demande expresse des autorités canadiennes de ne pas les aviser de leur requête complémentaire. Il est vrai toutefois que le TMC ne s'est pas expressément prononcé sur le besoin urgent que les autorités canadiennes pouvaient avoir des données concernées. Il faut admettre cependant qu'en obligeant le MPC à informer les personnes ayant fait l'objet de la surveillance «lors de la clôture de la procédure préliminaire», le TMC a implicitement admis qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce de s'écarter de la spécificité du système des écoutes téléphoniques qui autorise l'autorité d'enquête à utiliser les données des surveillance techniques en cours avant que les utilisateurs des raccordements sous contrôle en soient informés. On peut se demander si le TMC n'aurait pas dû préciser cet aspect, notamment au regard du droit d'être entendu. Il

reste que cet élément ne saurait en soi invalider la validité de l'autorisation fournie. En effet, les infractions en cause revêtent une gravité certaine puisque les peines encourues au Canada vont jusqu'à quatorze ans d'em- prisonnement. Par ailleurs, les écoutes ont eu lieu alors que les personnes concernées ignoraient qu'elles faisaient l'objet d'enquêtes criminelles. Le contenu des écoutes téléphoniques opérées peuvent donner des indica- tions essentielles, à charge et à décharge, quant au déroulement des faits sous enquête. Enfin, il y a lieu de rappeler que lorsque les autorités cana- diennes ont fait leur demande d'entraide complémentaire, le recourant était de retour depuis peu au Canada puisque il y a été extradé mi-octobre 2014. Cela justifie le fait que les autorités requérantes nécessitaient l'inté- gralité des éléments concernant l'implication potentielle du recourant dans les faits sur lesquelles elles enquêtent. Le grief est dès lors sans fonde- ment.

E. 5.9

Au vu des développements qui précèdent, le recours est rejeté. La de- mande d'effet suspensif devient de ce fait sans objet. L'effet suspensif oc- troyé à titre superprovisoire doit être révoqué.

- 21 -

E. 6.1

Dans son recours du 16 janvier 2015, le recourant s'en prend à l'ordon- nance d'entrée en matière complémentaire du 26 novembre 2014. Tant le MPC que l'OFJ retiennent que la décision entreprise est de nature inci- dente qui ne cause pas de préjudice immédiat et irréparable compte tenu de la réserve claire formulée par le MPC pour l'utilisation des moyens de preuve déjà transmis par le MPC.

E. 6.2

L'autorité chargée de l'exécution d'une demande d'entraide procède en deux temps. Elle ouvre la procédure d'exécution par une décision d'entrée en matière par laquelle, au terme d'un examen sommaire, elle s'assure qu'aucun motif d'exclusion d'entraide ne fait manifestement obstacle à la demande; elle procède aux actes requis par l'autorité étrangère (art. 80a EIMP). Une fois la demande exécutée et la cause instruite, l'autorité d'exé- cution statue sur l'octroi et l'étendue de l'entraide; elle rend à cet effet une décision de clôture (art. 80d EIMP). Lorsque l'autorité requérante s'aperçoit que des renseignements complémentaires apparaissent nécessaires, soit à la lecture des documents transmis par la Suisse, soit au vu des dévelop- pements de ses propres investigations, elle adresse une demande d'en- traide complémentaire qui doit être traitée de la même façon qu'une de- mande ordinaire. Une nouvelle demande peut aussi être formée, en raison de faits ou d'éléments de droit nouveaux, lorsqu'une précédente requête a été partiellement ou totalement rejetée (ZIMMERMANN, La coopération judi- ciaire internationale en matière pénale, 4e éd., 2014, n° 175). Si l'autorité d'exécution tient une demande pour admissible et nécessaire, elle doit remplir fidèlement et complètement la mission qui lui est confiée (ATF 130 II 14 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 1A.290/2000 du 20 février 2001, consid. 2d). La décision de clôture (et, avec elle, les décisions incidentes antérieures) est attaquable (art. 80e al. 1 EIMP). En revanche, les déci- sions incidentes ne sont attaquables séparément, selon l'art. 80e al. 2 EIMP, qu'en cas de préjudice immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs (let. a) ou de la présence de personnes participant à la procédure à l'étranger (let. b).

E. 6.3

En l'espèce, il est constant que la décision attaquée du 26 novembre 2014 par laquelle le MPC est entré en matière sur la requête d'entraide complémentaire canadienne ne met pas fin à la procédure d'entraide judiciaire; elle est ainsi de nature incidente (arrêt du Tribunal fédéral 1C_239/2014 du 18 août 2014 consid. 1.2). Certes, ainsi que le relève l'OFJ (RR.2015.36 act. 10 p. 3), dans un ATF 126 II 495, le Tribunal fédéral a spécifié que, sur le principe, l'art. 80e al. 2 EIMP comprend une énumération exhaustive des décisions incidentes immédiatement attaquables en raison d'un préjudice immédiat et irréparable, sans cependant exclure que des exceptions pour-

- 22 -

raient être envisagées si elles engendraient un tel préjudice (consid. 5 e) bb). Il faut rappeler en outre que, de jurisprudence constante, une remise prématurée d'informations à l'étranger peut avoir dans son résultat, les mêmes effets qu'une décision finale de clôture (arrêt du Tribunal fédéral 1B.271/2013, consid. 1.4). Ainsi, dans une affaire relative à l'exécution d'une vidéoconférence par laquelle des témoins devaient être directement interrogés par le magistrat et les parties à l'étranger sans qu'aucun contrôle n'ait été prévu quant au contenu des dépositions, le Tribunal fédéral a retenu que la décision entreprise bien qu'incidente devait être considérée comme une décision de transmission. Il spécifiait en effet que dans une telle constellation on pouvait se demander sur quoi pourrait porter ultérieurement la décision de clôture (ATF 131 II 132 consid. 1.4).

E. 6.4

La décision querellée prévoit que les données récoltées par le biais de la surveillance téléphonique seront immédiatement transmises aux autorités requérantes. Tel a été en l'occurrence le cas puisque, après un tri, les données concernées ont été adressées aux autorités canadiennes le 4 décembre 2014. L'ordonnance entreprise a toutefois fixé certaines cautions à l'utilisation des informations transmises puisqu'elle spécifie qu'elles ne pourront être utilisées à titre probatoire tant que l'entraide n'aura pas acquis de force jugée. L'utilisation pour obtenir, fonder ou motiver des mesures d'enquête est par contre autorisée (RR.2015.38, act. 1.11 p. 4).

E. 6.4.1

Ce faisant le MPC s'est conformé, aux directives de l'OFJ relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (ci-après: Directives 9^e édition 2009). Ces dernières précisent que la mise en application des nouveaux instruments de coopération, tels les groupes communs d'enquête ou les contrôles téléphoniques et autres mesures de surveillance technique, présupposent en partie que les actes d'entraide soient effectués de manière secrète et que leurs résultats puissent être transmis et utilisés en temps réel. Cette exigence entre en conflit avec la procédure d'entraide, dans la mesure où celle-ci stipule que des renseignements concernant le domaine secret ne peuvent être transmis qu'en cas d'accord de la personne concernée ou après l'entrée en force de la décision de clôture la concernant (art. 80c, 80d EIMP). Les Directives spécifient que ce conflit doit être résolu en faveur de la coopération. Selon ces dernières, en pratique, les actes d'entraide effectués en Suisse ne doivent rester confidentiels que pendant la durée de la procédure d'enquête étrangère. En conséquence, les informations recueillies en Suisse peuvent être transmises directement à l'Etat requérant à la condition que ce dernier s'engage à ne les utiliser comme moyens de preuve qu'après l'issue positive et exécutoire de la procédure d'entraide

suisse. En cas de contrôles téléphoniques plus particulièrement, lesdites Directives spécifient que l'autorité suisse exécutant

- 23 -

une demande qui implique des mesures de surveillance devra, après être entrée en matière, obtenir les éventuelles autorisations nécessaires. Une fois en possession des informations, elle doit procéder à leur tri. La transmission des informations peut avoir lieu sans que la personne concernée n'en soit avertie, si la protection de l'enquête étrangère l'impose. Dans ce cas, l'autorité suisse doit avoir la garantie que ces informations ne seront pas utilisées à titre de preuve avant que la procédure d'entraide ne soit clôturée et que l'autorité étrangère retirera ces informations de son dossier si un recours est admis (pt. 3.6.3 p. 68). Enfin, les Directives indiquent que ces principes sont applicables mutatis mutandis aux autres mesures de surveillance impliquant l'emploi de moyens techniques de surveillance pour lesquelles le droit de procédure applicable renvoie aux conditions du CPP (Directives pt. 3.6.3 p. 69).

E. 6.4.2

Ainsi que déjà précisé supra (consid. 5.2.2), la situation du cas d'espèce est cependant quelque peu particulière dans la mesure où les données transmises au Canada ne résultent pas de mesures de surveillance en cours, mais de contrôles téléphoniques exécutés en 2011. A ce titre, il ne peut plus être question ici d'une utilisation en temps réel par l'autorité requérante des résultats y relatifs afin qu'elle puisse immédiatement les exploiter et adapter ses actes d'instruction aux faits révélés par les écoutes. On peut dès lors se demander si, de ce point de vue, il était justifié que le MPC adresse les informations requises début décembre 2014 déjà avec son ordonnance d'entrée en matière complémentaire et s'il n'aurait pas dû, à l'instar par exemple de documents bancaires, les transmettre avec la décision de clôture. Le MPC aurait d'ailleurs pu rendre d'emblée une décision de clôture puisque de jurisprudence constante, lorsque l'autorité d'exécution a déjà obtenu, dans le cadre d'une enquête nationale, la documentation sollicitée par l'autorité étrangère, elle dispose de tous les éléments probatoires nécessaires à l'exécution de la demande d'entraide de sorte qu'elle peut se limiter à rendre une décision de clôture (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.277 du 1er mars 2010 consid. 4.2 et références citées, non publié au TPF 2010 73).

E. 6.4.3

Il reste que dans leur demande d'entraide complémentaire du 18 novembre 2014, les autorités canadiennes ont expressément requis que les personnes visées par l'enquête ne soient pas informées. Elles invoquaient à cet égard le fait que les suspects sont co-accusés pour des infractions présumées de complot (voir à ce sujet l'arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2013.177 du 30 août 2013, consid. 4) et la règle dite «des actes manifestes» prévalant en droit canadien. Cette dernière autoriserait l'administration, contre un accusé, de la preuve des faits et gestes de ses co-conspirateurs s'ils ont été accomplis dans la poursuite d'un but commun,

- 24 -

non seulement pour établir le complot, mais également pour faire la preuve de toute infraction commise dans l'exécution du but commun (RR.2015.36 act. 1.7). Ainsi, les autorités requérantes demandaient que pour protéger l'enquête en cours les personnes visées par celle-ci ne soient pas informées de leur démarche (RR.2015.36 act. 1.7).

E. 6.4.4

L'art. 80b EIMP dispose que les ayants droit peuvent participer à la procédure et consulter le dossier si la sauvegarde de leurs intérêts l'exige (al. 1). Ces droits ne peuvent être limités que si le requièrent l'intérêt de la procédure conduite à l'étranger (al. 2 let. a) ou la protection d'un intérêt juridique important, si l'Etat requérant le demande (al. 2 let. b). Compte tenu des éléments qui précèdent, tel doit être admis en l'espèce. En effet, même si le recourant avait déjà eu connaissance des procès-verbaux téléphoniques dans le cadre de la procédure nationale, cela n'était pas le cas de ses co-prévenus au Canada. Cet élément légitimait tant l'exigence de confidentialité posée par les autorités requérantes que la transmission anticipée des résultats des écoutes téléphoniques suisses. Dans ces conditions, on comprend également que le MPC ait voulu transmettre rapidement les informations à l'Etat requérant. S'agissant d'une mesure de confidentialité, il s'imposait à l'autorité d'exécution de la limiter dans le temps. Cela a été le cas puisque l'administré a été informé de ladite mesure dans un délai raisonnable (voir supra let. G et I).

E. 6.4.5

Dans la présente affaire, afin de sauvegarder les droits du recourant, le MPC a, conformément à la pratique constante dans ce genre de situation (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.163 + RP.2014.53 du 24 juillet 2014, consid. 3; ATF 132 II 132 consid. 2.2; FABBRI/FURGER, *Geheime Überwachungsmaßnahmen in der internationalen Kooperation in Strafsachen: Ermittlungserfolg im Ausland versus Rechtsgüterschutz in der Schweiz?* RPS 128/2010 p. 394 nos 42 et 43; ZIMMERMANN, *Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire en matière pénale: un paradigme perdu?*, in PJA 1/2007 p. 62 ss, p. 68), requis des garanties de la part des autorités canadiennes, selon lesquelles les informations fournies ne peuvent être utilisées comme éléments de preuve. Si l'entraide devait être refusée, ces données seraient alors retirées du dossier pénal et détruites. Les autorités canadiennes ayant accepté ces restrictions, il y a lieu de considérer que la décision entreprise est de nature incidente et qu'elle ne saurait en l'espèce causer de dommage immédiat et irréparable au recourant, lequel pourra en tout état de cause faire valoir son droit d'être entendu avant la décision de clôture qui statuera sur la possibilité des autorités canadiennes à utiliser les éléments incriminés à titre de preuve. Le recourant a certes invoqué que les résultats des écoutes téléphoniques dont les autorités canadiennes dispo-

- 25 -

sent déjà seraient susceptibles d'amener ces dernières à requérir sa mise en détention préventive. Il convient de relever qu'il ne s'agissait là que d'une hypothèse. Au surplus, pour que cet argument eût pu être recevable, encore aurait-il fallu que le recourant démontrât que ce n'était qu'en raison des éléments reçus de la part des autorités suisses que sa mise en détention aurait été ordonnée. Or, c'est le lieu de rappeler que les autorités canadiennes enquêtent déjà depuis de nombreuses années sur les faits incriminés et disposent dès lors de multiples informations provenant d'autres sources que les seules écoutes téléphoniques helvétiques incriminées. Au surplus, il s'avère qu'à l'issue de l'audience, qui s'est tenue les 12 et 13 février 2015, à laquelle se référait le recourant (RR.2015.36 act. 1.4) pour invoquer le risque d'une nouvelle mise en détention, ce dernier est resté en liberté provisoire (...). Il ne saurait donc y avoir en l'espèce existence d'un préjudice immédiat et irréparable.

E. 6.4.6

Compte tenu des éléments qui précèdent, la décision entreprise, ne peut faire l'objet d'un recours séparé. Le recours est en conséquence irrecevable. La demande d'effet suspensif est dès lors sans objet. L'effet suspensif octroyé à titre superprovisoire doit être révoqué.

E. 7

En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA, applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). Le montant de l'émolument est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation financière et des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP). Le recourant supportera ainsi les frais du présent arrêt, lesquels sont fixés à CHF 6'000.-- (art. 73 al. 2 LOAP et art. 8 al. 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale du 31 août 2010 [RFPPF; RS 173.713.162] et art. 63 al. 5 PA), couverts par les avances de frais déjà versées.

- 26 -

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