
TPF 2015 35

7. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération et Tribunal des mesures de contrainte du 22 avril 2015 (RR.2015.20, RR.2015.36, RP.2015.3, RP.2015.4)

Entraide judiciaire internationale en matière pénale. Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Voie de recours; préjudice immédiat et irréparable. Découverte fortuite.

Art. 18a, 80e al. 2 EIMP, art. 278, 279 CPP

En cas de contrôle téléphonique dans le cadre d'une procédure d'entraide, c'est la communication par l'autorité d'exécution des mesures intervenues qui ouvre la voie du recours (consid. 5.2.1 et 5.2.2).

Il n'y a découverte fortuite que si, sous l'angle de la double incrimination, l'état de faits correspond à une nouvelle infraction par rapport à celle pour laquelle la surveillance téléphonique a été autorisée (consid. 5.5.3 et 5.5.4).

L'ordonnance d'entrée en matière du Ministère public de la Confédération décidant de la transmission immédiate des résultats des contrôles téléphoniques constitue une décision incidente, mais, compte tenu de la réserve qu'elle contient quant à leur utilisation par l'autorité requérante, ne cause pas de préjudice immédiat et irréparable (consid. 6.4).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Rechtsweg; unmittelbarer und nicht wieder gutzumachender Nachteil. Zufallsfund.

Art. 18a, 80e Abs. 2 IRSG, Art. 278, 279 StPO

Bei Telefonüberwachungen im Rahmen eines Rechtshilfverfahrens öffnet sich der Rechtsweg mit der Mitteilung der durchgeführten Massnahmen durch die ausführende Behörde (E. 5.2.1 und 5.2.2).

Ein Zufallsfund liegt nur dann vor, wenn – unter dem Aspekt der beidseitigen Strafbarkeit – der Sachverhalt unter einen anderen Straftatbestand fällt als unter denjenigen, für welche die Überwachung genehmigt worden ist (E. 5.5.3 und 5.5.4).

Die Eintretensverfügung der Bundesanwaltschaft, welche die sofortige Übermittlung der anhand der Überwachung gewonnenen Erkenntnisse vorsieht, stellt eine Zwischenverfügung dar. Angesichts des in ihr festgehaltenen Vorbehalts betreffend Verwendung dieser Erkenntnisse durch

die ersuchende Behörde bewirkt diese aber keinen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil (E. 6.4).

Assistenza internazionale in materia penale. Sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni. Vie di ricorso; pregiudizio immediato e irreparabile. Reperti casuali.

Art. 18a, 80e cpv. 2 AIMP, art. 278, 279 CPP

In caso di sorveglianza telefonica su domanda rogatoria la facoltà di ricorrere è data a partire dalla comunicazione delle misure adottate da parte dell'autorità di esecuzione (consid. 5.2.1 e 5.2.2).

Vi è reperto casuale se la situazione fattuale, dal punto di vista della doppia punibilità, corrisponde ad un reato nuovo rispetto a quello per cui la sorveglianza telefonica è stata autorizzata (consid. 5.5.3 e 5.5.4).

La decisione di entrata in materia del Ministero pubblico della Confederazione, mediante la quale viene ordinata la trasmissione immediata dei risultati della sorveglianza telefonica, costituisce una decisione incidentale, ma in considerazione delle riserve che contiene in merito alle possibilità di utilizzo nel procedimento estero, non causa pregiudizio immediato e irreparabile (consid. 6.4).

Résumé des faits:

Dans le cadre d'une enquête ouverte en mai 2011, notamment contre A., le Ministère public de la Confédération (MPC) a procédé à des contrôles téléphoniques en 2011 sur un raccordement utilisé par le prévenu, mesures approuvées par le Tribunal des mesures de contraintes (TMC). Ces écoutes ayant démontré que A. pouvait également être impliqué dans des actes de corruption d'agents publics au Canada, les autorités suisses en ont informé spontanément les autorités canadiennes en juillet 2012. Celles-ci ont, de ce fait, ouvert une enquête pénale contre, entre autres, le précité. Le 18 novembre 2014, les autorités canadiennes se sont adressées à la Suisse afin de pouvoir obtenir une copie des dites surveillances téléphoniques. Elles sollicitaient expressément que les personnes visées par l'enquête n'en soient pas informées. Le 26 novembre 2014, le MPC est entré en matière. Son ordonnance précisait qu'après tri par les autorités suisses, les données récoltées seraient immédiatement transmises aux autorités canadiennes, lesquelles ne pourraient cependant pas les utiliser à titre probatoire jusqu'à autorisation donnée par les autorités suisses. L'utilisation pour obtenir, fonder ou motiver des mesures d'enquête étaient en revanche admises. Le 28

novembre 2014, le TMC a autorisé l'utilisation dans le cadre de la demande d'entraide canadienne de la découverte fortuite résultant des surveillances téléphoniques précitées. Le 5 décembre 2014, le MPC en a remis diverses retranscriptions aux autorités canadiennes. Le 30 décembre 2014, le MPC a informé le mandataire de A. de la demande canadienne, de la décision du TMC et du fait que les écoutes effectuées dans le cadre de la procédure pénale suisse étaient susceptibles d'être réutilisées au Canada. Le 15 janvier 2015, A. a recouru contre la décision du TMC du 28 novembre 2014, respectivement contre la décision du MPC du 30 décembre 2014 concernant l'autorisation de découvertes fortuites. Par acte du 16 janvier 2015, A. a aussi recouru contre l'ordonnance d'entrée en matière du MPC du 26 novembre 2014.

La Cour des plaintes a rejeté le recours relatif aux écoutes téléphoniques et déclaré irrecevable le recours contre la décision d'entrée en matière complémentaire.

Extrait des considérants:

5.2

5.2.1 L'art. 18a EIMP prévoit la possibilité de procéder à 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 du 6 octobre 2000 sur 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).

5.2.2 [...] 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. 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).

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, Petit commentaire, Bâle 2013, n° 3 ad art. 278 CPP et référence citée; JEANNERET/KUHN, Précis de procédure pénale, Berne 2013, n^{os} 14104 ss; SCHMID, Praxiskommentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, n° 2 ad art. 278 CPP; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Commentaire bâlois, 2^e éd., Bâle 2014, n^{os} 9 ss ad art. 278 CPP).

5.5.4 La procédure nationale a d'abord été ouverte contre A. pour blanchiment d'argent aggravé (art. 305^{bis} CP) et corruption active d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} 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. 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. 322^{septies} 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. 322^{septies} 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 des dites 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. 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 des dites 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.

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. [...]

[...] 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. 322^{ter} CP (Message du 1^{er} juillet 1998 concernant les lois fédérales sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications et sur l'investigation secrète [ci-après: le Message]; FF 1998 IV 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.

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'Office fédéral de la justice (OFJ), 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 pourraient être envisagées si elles engendraient un tel préjudice (consid. 5e/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 du 3 octobre 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. 2.4–2.5).

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.

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). 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 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 (Directives 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).

6.4.2 [...] 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 1^{er} mars 2010, consid. 4.2 et références citées).

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, non seulement pour établir le complot, mais également pour faire la preuve de toute infraction commise dans l'exécution du but commun. 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.

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.

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 du 24 juillet 2014, consid. 3; ATF 131 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 ss, n^{os} 42 et 43; ZIMMERMANN, Communication d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire en matière pénale: un paradigme perdu?, PJA 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 disposent 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 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.