

**TPF 2015 129**

23. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. SA, B. contre Ministère public de la Confédération et Tribunal des mesures de contrainte du 30 octobre 2015 (RR.2015.142, RR.2015.143, RR.2015.144, RR.2015.145)

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

**Art. 80e al. 2 EIMP**

La décision du Tribunal des mesures de contrainte en matière de contrôles téléphoniques dans le cadre d'une procédure d'entraide pénale internationale est susceptible d'un recours direct au sens de l'art. 80e al. 2 EIMP devant la Cour des plaintes à condition qu'elle cause un préjudice immédiat et irréparable (consid. 5.2.2 et 5.3).

Lorsque, lors de leur présence en Suisse, des représentants de l'Etat étranger prennent connaissance des résultats des contrôles téléphoniques effectués, ils doivent se conformer à la garantie y relative requise, laquelle est moins restrictive que celle propre à l'art. 65a EIMP (consid. 6.4.5).

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

**Art. 80e Abs. 2 IRSG**

Der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts betreffend Telefonüberwachungen im Rahmen eines Verfahrens der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen unterliegt der selbstständigen Beschwerde an die Beschwerdekammer im Sinne des Art. 80e Abs. 2 IRSG, sofern er einen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt (E. 5.2.2 und 5.3).

Wenn Vertreter des ausländischen Staates bei ihrer Anwesenheit in der Schweiz von den Ergebnissen durchgeführter Telefonüberwachungen Kenntnis erhalten, so haben sie sich an die diesbezüglich verlangte Garantie zu halten. Diese ist weniger restriktiv als diejenige betreffend Art. 65a IRSG (E. 6.4.5).

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

**Art. 80e cpv. 2 AIMP**

**La decisione del Tribunale delle misure coercitive in materia di sorveglianza telefonica nel quadro di una procedura rogatoriale è impugnabile direttamente di fronte alla Corte dei reclami penali in applicazione dell'art. 80e cpv. 2 AIMP a condizione che cagioni un pregiudizio immediato e irreparabile (consid. 5.2.2 e 5.3).**

**Quando, in occasione della loro presenza in Svizzera, dei partecipanti al processo all'estero prendono conoscenza dei risultati della sorveglianza telefonica, essi devono conformarsi alla garanzia richiesta, la quale è meno restrittiva rispetto a quella di cui all'art. 65a AIMP (consid. 6.4.5).**

**Résumé des faits:**

Le 14 novembre 2014, la France a demandé à la Suisse, par le biais de l'entraide pénale internationale, l'identification des titulaires de différents numéros de téléphone et la communication des relevés d'appel y relatifs pour la période allant du 1<sup>er</sup> octobre 2012 au 30 septembre 2014. Elle sollicitait également l'interception des conversations téléphoniques sur les lignes précitées à compter de la réception de la demande d'entraide et pour une durée de deux mois. L'autorité requérante priait en outre les autorités suisses de ne pas informer les personnes visées par les mesures sollicitées afin de préserver le secret de l'enquête. Le 17 novembre 2014, le Ministère public de la Confédération (MPC) est entré en matière. Son ordonnance précisait qu'après tri par les autorités suisses, les données récoltées seraient immédiatement transmises aux autorités françaises, 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 même jour, le MPC a ordonné la surveillance en temps réel du raccordement 1 détenu par A. SA mais utilisé par B. Le 19 novembre 2014, le Tribunal des mesures de contraintes (TMC) a autorisé dite surveillance. Le 11 mai 2015, le MPC a informé le mandataire de A. SA et de B. de ladite surveillance active, laquelle avait été maintenue secrète jusqu'alors pour éviter tout risque de collusion. Il spécifiait en outre qu'aucune donnée n'avait encore été transmise à l'autorité requérante, mais que les représentants de cette dernière avaient accédé à une partie des retranscriptions des écoutes téléphoniques lors de leur présence en Suisse en décembre 2014. A. SA et B. ont recouru

contre la décision du TMC du 19 novembre 2014 et contre la décision d'entrée en matière rendue par le MPC le 17 novembre 2014.

La Cour des plaintes a déclaré irrecevables les recours.

*Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_594/2015 du 23 novembre 2015: le recours est irrecevable.*

### **Extrait des considérants:**

**5.2.2** Dans un arrêt du 22 avril 2015, dans un cas où le TMC avait autorisé l'utilisation dans la procédure d'entraide de découvertes fortuites recueillies dans le cadre de la procédure nationale, la Cour de céans a laissé ouverte la question portant sur la qualification juridique de cette communication. Elle a en effet considéré qu'il fallait en tous les cas examiner le bien-fondé du recours (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20 du 22 avril 2015, consid. 5.2.3, non publié in TPF 2015 35). Il convient de préciser cependant que les prescriptions de l'EIMP ont le pas sur celles du CPP s'agissant des voies de droit et cela quand bien même l'autorité d'exécution a appliqué le CPP pour les mesures d'exécution de l'entraide (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_563/2011 du 16 janvier 2012, consid. 2.1; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2014, n<sup>o</sup> 273, note de bas de page n<sup>o</sup> 296). Il y a donc lieu d'admettre que l'autorité de céans est en l'occurrence saisie d'un recours au sens de l'EIMP.

### **5.3**

**5.3.1** Dans l'arrêt précité du 22 avril 2015, la Cour avait admis que la décision du TMC en matière de mesures de surveillance dans le cadre d'une procédure d'entraide pouvait faire l'objet d'un recours immédiat. Elle avait en effet retenu qu'au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de procédure pénale, une telle décision, incidente, est susceptible de causer un préjudice immédiat et irréparable (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_59/2014 du 28 juillet 2014, consid. 1.1 et référence citée; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20 du 22 avril 2015, *ibidem*). L'Office fédéral de la justice (OFJ) ne partage pas ce point de vue. Il considère qu'à l'instar de ce qui prévaut en matière de scellés, la décision du TMC ne devrait pouvoir être attaquée que conjointement avec le recours contre la décision de clôture.

**5.3.2** A teneur de l'art. 80e EIMP, peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, la décision de l'autorité

cantonale ou fédérale d'exécution relative à la clôture de la procédure d'entraide et, conjointement, les décisions incidentes (al. 1). Les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture peuvent faire l'objet d'un recours séparé si elles causent un préjudice immédiat et irréparable en raison: de la saisie d'objets ou de valeurs (al. 2 let. a), ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (al. 2 let. b). La possibilité d'attaquer des décisions incidentes ne peut dès lors être reconnue que dans une mesure très limitée. Dès lors, l'art. 80e al. 2 EIMP énumère en principe exhaustivement les cas où l'on admet l'existence d'un dommage immédiat et irréparable au sens de cette disposition. On trouve pourtant des dérogations à cette règle. Ainsi, le juge est-il entré en matière sur des recours dirigés contre des décisions incidentes relatives notamment à la vidéoconférence (ZIMMERMANN, op. cit., n° 512 et références citées).

**5.3.3** En l'espèce, la décision querellée du TMC a pour effet d'autoriser le MPC à procéder aux écoutes téléphoniques en temps réel ainsi que requis par les autorités françaises. Il est indubitable qu'elle constitue une décision incidente. Certes, ainsi que le relève l'OFJ, cette décision n'entraîne pas, en tant que telle, la transmission d'informations à un pays étranger ou à ses agents; il faut pour cela une décision de l'autorité d'exécution. Il reste que sans ladite décision du TMC, le MPC n'aurait pu rendre la décision d'entrée en matière aux termes de laquelle il a autorisé le principe de la transmission immédiate aux autorités requérantes d'éléments relevant du domaine secret, obtenus par moyens de contrainte. Or, cette dernière décision, si elle exclut l'utilisation probatoire des éléments communiqués à la France, autorise la possibilité d'en faire usage pour obtenir, fonder ou motiver des mesures d'enquêtes, au nombre desquelles figurent entre autre des arrestations provisoires. Dès lors, les conséquences de la décision rendue par le TMC sont résolument plus incisives que celles relatives aux scellés et à la présence de fonctionnaires étrangers. Dans le cas des scellés en effet, à l'inverse de la situation présente, les moyens de preuve ne sont pas communiqués à l'autorité requérante avant la décision de clôture. Ainsi, dans cette situation, la transmission d'éléments relevant du domaine secret n'intervient qu'après que les personnes concernées ont dûment pu exercer leur droit d'être entendu. En ce qui concerne la présence de fonctionnaires étrangers, contrairement à la situation sous examen, il est fait interdiction à ces derniers d'utiliser d'une quelconque façon les informations obtenues avant le prononcé de la décision de clôture (ZIMMERMANN, op. cit., n° 409). La décision incidente rendue par le TMC est donc susceptible de causer un préjudice immédiat et irréparable (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.165/2000 du 24 août 2000, consid. 2b), de sorte qu'elle doit pouvoir faire l'objet d'un

recours immédiat. Il n'y a pas lieu de revenir sur la jurisprudence de la Cour à ce sujet.

**6.4.5** Il est vrai qu'en date du 10 décembre 2014, les représentants de l'autorité requérante ont pu accéder aux actes de la procédure. Lors de cette séance de tri, ils ont pu consulter les retranscriptions des conversations téléphoniques enregistrées entre le 17 novembre et le 10 décembre 2014, sous réserve de celles non pertinentes ou couvertes par un secret professionnel. Les recourants font valoir que cette consultation correspond à un cas d'application de l'art. 65a EIMP, mais que les garanties fournies par l'autorité requérante par courrier électronique le 19 novembre 2014 ne correspondent pas à celles normalement requises dans ce genre de situation. Il convient de rappeler cependant que l'objet du présent recours ne porte pas sur la présence de fonctionnaires étrangers, mais sur l'exécution des mesures de surveillance sollicitées et sur la transmission des résultats ainsi obtenus. Par conséquent, la question de la présence de fonctionnaires étrangers ne peut être l'objet de la présente procédure de recours. Quoi qu'il en soit, la réserve d'utilisation émise par l'autorité d'exécution à la France est suffisante pour empêcher l'utilisation prématurée des informations relatives aux écoutes téléphoniques. Au surplus, une mesure de surveillance active, comme dans le cas sous examen, a pour but de permettre le suivi en temps réel des conversations entrantes et sortantes afin que l'autorité de poursuite pénale soit informée immédiatement du contenu des conversations et partant puisse intervenir sans délai (PITTELOUD, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/St-Gall 2012, n° 663 et références citées). Sous peine de vider la mesure de sa substance, il apparaît logique de permettre à l'autorité requérante d'avoir accès immédiatement aux données concernées. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'appliquer un régime différent suivant si les données recueillies sont envoyées immédiatement à l'étranger ou si les représentants de l'autorité requérante en prennent connaissance à l'occasion de leur présence sur notre territoire. Il importe par contre que dans les deux cas, les garanties requises propres aux régimes de la surveillance téléphonique – et qui, au vu de ce qui précède, sont par la force des choses moins restrictives que dans le cas de l'art. 65a EIMP – soient respectées.