

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 13
Fax +41 31 634 50 55
coursupreme-penal.berne@justice.be.ch
www.justice.be.ch/coursupreme

Décision

BK 17 447

Berne, le 13 juin 2018

Composition Juges d'appel Stucki (Président e.r.), Schnell et Hubschmid
Greffière Vogt

Participants à la procédure **A.** _____
représenté d'office par M^e B. _____
prévenu/recourant



**Ministère public du canton de Berne, Région Jura bernois-
Seeland, Agence du Jura bernois, Rue du Château 13,
2740 Moutier**
intimé

Objet autorisation d'exploitation de découvertes fortuites

procédure pénale pour infractions graves à la loi sur les
stupéfiants et à la LCR

décision du Tribunal cantonal des mesures de contrainte du
06.09.2016

Chapeau:

*Art. 141 al. 1, art. 269, art. 280 let. c, art. 281 al. 4 CPP; découvertes fortuites
inexploitables*

*Les données découvertes fortuitement lors d'une surveillance de localisation d'un véhicule
au moyen de l'installation d'une balise GPS dans le cadre d'une procédure pénale pour
infractions graves à la LStup ne peuvent être exploitées que si les conditions de l'art. 269
CPP sont réalisées, et que les nouvelles infractions découvertes figurent sur le catalogue
de l'art. 269 al. 2 CPP, ce qui n'est pas le cas des infractions graves à la LCR (consid.
2.2).*

*Les preuves recueillies illégalement sont issues d'une surveillance qui ne reposait sur
aucun soupçon préalable d'infractions graves à la LCR et doivent être écartées au titre*

d'une preuve illicite absolument inexploitable sur la base de l'art. 141 al. 1 CPP (consid. 2.5).

Considérants:

1.

1.1 Par décision du 31 août 2015, le Tribunal cantonal des mesures de contrainte a autorisé la surveillance de la localisation du véhicule BMW de A._____ au moyen de l'installation d'une balise GPS pour la période allant du 27 août 2015 au 27 novembre 2015, dans le cadre de la procédure pénale engagée contre ce dernier pour infractions graves à la LStup. Au cours de cette surveillance, il est apparu que le véhicule du prévenu a circulé à des vitesses excessives à quatre reprises, soit les 16, 25, 31 octobre 2015 ainsi que le 8 novembre 2015. Le Ministère, Région Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois (ci-après : Ministère public) relève que A._____ est accusé d'une infraction similaire commise le 15 novembre 2014 sur la base d'une vidéo retrouvée dans son téléphone portable.

1.2 Par requête du 1^{er} septembre 2016, le Ministère public a demandé au Tribunal cantonal des mesures de contrainte de pouvoir utiliser à l'égard du prévenu les découvertes fortuites issues de la surveillance par balise GPS, quand bien même l'action publique a été ouverte initialement pour infractions graves à la LStup, étant précisé que le prévenu attribue tous ces excès de vitesse à des tiers qui ont conduit son automobile.

Le Ministère public a fondé sa demande en se référant à deux arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels ce dernier a autorisé l'utilisation de données issues d'une surveillance rétroactive de téléphones portables en vue de la localisation du ou des conducteurs potentiels d'un véhicule ayant circulé en graves excès de vitesse (arrêts du Tribunal fédéral 1B_206/2016 du 5 juillet 2016, 1B_235/2016 du 20 juillet 2016). De l'avis du Ministère public, il convient tout aussi logiquement de pouvoir faire usage de données de géolocalisation et de vitesses issues d'une balise GPS. Il précise qu'on ne saurait refuser l'utilisation de données GPS, dans le cas d'espèce, en argumentant que l'infraction en cause ne figure pas au catalogue exhaustif de l'art. 269 al. 2 CPP, sachant que le renvoi de l'art. 281 al. 4 CPP vaut aussi pour les cas d'application de l'art. 269 al. 1 let. b et c CPP. Le Ministère public ajoute que non seulement la spécificité et la gravité des délits en question justifient l'utilisation de la mesure de surveillance dirigée contre A._____ dans la procédure ouverte aussi pour infractions graves à la LCR, mais elle constitue le seul moyen objectif de confondre le prévenu qui nie les faits et reporte toute faute sur des tiers. Sans l'autorisation d'utiliser les découvertes fortuites, l'enquête serait rendue impossible puisque les faits proprement dits ne pourraient plus être opposés au prévenu. L'utilisation des découvertes fortuites répond donc aussi bien au principe de proportionnalité que de subsidiarité.

- 1.3 Le 6 septembre 2016, le Tribunal cantonal des mesures de contrainte a autorisé l'exploitation, dans la procédure pénale ouverte contre A. _____ pour infractions graves à la LCR, des données découvertes fortuitement lors de la surveillance de la localisation du véhicule BMW au moyen d'un GPS dans la procédure pour infractions graves à la LStup. Les motifs à la base de sa décision résident dans le fait que la surveillance selon l'art. 280 let. c CPP représente une simple récolte de données accessoires et que pour autoriser l'utilisation de la découverte fortuite issue d'une telle surveillance, l'existence de soupçons de la commission d'un crime ou d'un délit au sens de l'art. 273 CPP est suffisante.
- 1.4 Le 25 octobre 2017, le Ministère public a communiqué à A. _____ l'exploitation des données découvertes fortuitement lors d'une surveillance de la localisation par GPS de son véhicule pour la période allant du 27 août 2015 au 27 novembre 2015, ordonnée et approuvée par le Tribunal cantonal des mesures de contrainte, en munissant la communication des voies de recours prévues à l'art. 279 al. 3 CPP.
- 1.5 Le défenseur de A. _____ a, le 2 novembre 2017, recouru contre ladite communication du Ministère public. Ses conclusions sont les suivantes :
1. Constaté que la décision du Tribunal cantonal des mesures de contrainte du 6 septembre 2016 viole le droit. Partant, admettre le recours, interdire au Ministère public d'exploiter les données GPS récoltées dans le cadre d'infractions à la LStup pour établir les excès de vitesse et ordonner la suppression de toutes les données relatives à la vitesse du dossier pénal.
 2. Sous suite des frais et dépens.

De l'avis de la défense, l'interprétation faite par le Tribunal cantonal des mesures de contrainte selon laquelle les informations recueillies fortuitement peuvent être utilisées contre le prévenu, conformément à l'art. 278 al. 1 CPP, étant donné qu'une surveillance au moyen d'une balise GPS aurait pu être autorisée aux fins de poursuivre les infractions graves à la LCR, viole la loi. Les mesures de surveillance technique des art. 280 ss CPP exigent des conditions supplémentaires à celles prévues aux art. 269 à 279 CPP, notamment s'agissant des domaines d'application. L'énumération des domaines d'application de l'art. 280 let. c CPP est exhaustive et la pose de la balise GPS a servi, en l'occurrence, à suivre les mouvements du prévenu dans le cadre de son trafic de stupéfiants. Le texte de l'art. 280 let. c CPP est très clair dans la mesure où la pose d'une balise n'est possible que pour localiser une personne ou une chose. La loi ne permet pas la possibilité d'utiliser une balise GPS pour mesurer la vitesse d'un véhicule. En conséquence, l'art. 278 al. 1 CPS n'est pas applicable dans le cas d'espèce, étant donné que la pose d'une balise GPS n'aurait pas pu être ordonnée pour établir des excès de vitesse.

La défense relève en outre que la jurisprudence fédérale citée par le Ministère public ayant trait à une surveillance rétroactive, suite à deux excès de vitesse, aux fins de permettre la localisation du conducteur au moyen de son téléphone portable est sans rapport avec le cas d'espèce. Non seulement les deux excès de vitesse avaient été constatés par les moyens usuels et n'étaient en soi pas contestés, mais

le surveillance rétroactive avait pour but de localiser la position du recourant et non pas d'établir des excès de vitesse. Les mesures de surveillance concernées par les arrêts cités étaient prévues aux art. 269 à 279 CPP et ne constituaient pas un moyen technique selon l'art. 280 CPP, disposition qui limite fortement les domaines dans lesquels ces moyens peuvent être utilisés.

La défense allègue enfin que le principe de la bonne foi prévu à l'art. 3 al. 2 let. a CPP et celui de l'interdiction de l'abus de droit à l'art. 3 al. 2 let. b CPP ont été violés par le fait de laisser délibérément le conducteur commettre des excès de vitesse, ce dernier n'ayant pas pu bénéficier de l'effet préventif qu'un excès de vitesse constaté par un radar peut avoir. Cette situation est choquante et disproportionnée, car il paraît évident que le recourant n'aurait pas commis toutes ces infractions pour lesquelles le Ministère public envisage de le renvoyer devant un tribunal collégial composé de 5 juges, étant précisé que les infractions routières pèsent bien plus que celles à la LStup.

- 1.6 Par ordonnance du 10 novembre 2017, le Président e.r. de la Chambre de recours pénale a ouvert une procédure de recours et imparti un délai de 20 jours au Parquet général pour prendre position.
- 1.7 Par courrier du 13 décembre 2017, le Parquet général a conclu au rejet du recours et à la mise des frais à la charge du recourant. Ses arguments sont notamment les suivants :

Le Parquet général se rallie à l'interprétation analogique faite par le Ministère public de l'arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a admis l'utilisation des données récoltées sur la base de mesures de surveillance ordonnées dans le but de localiser les prévenus au moment de la commission d'une violation grave d'une règle de la circulation routière, quand bien même les infractions à la LCR ne figurent pas dans le catalogue des infractions énumérées à l'art. 269 al. 2 CPP. Le Parquet général est également d'avis que le principe de proportionnalité est respecté eu égard au nombre élevé de graves excès de vitesse dont A. _____ s'est rendu coupable, de même que le principe de subsidiarité. Le Parquet général relève que la balise GPS, qui a été installée initialement pour établir les complicités et les localisations dans le cadre du trafic de stupéfiants auquel se livrait le recourant, ne pouvait être arrêtée dès les premiers excès de vitesse constatés sans mettre en péril l'enquête pénale qui portait sur un trafic de chanvre de grande envergure. Le principe de la bonne foi n'a donc pas été violé par l'autorité de poursuite pénale en récoltant des données sur les excès de vitesse.

- 1.8 La prise de position du Parquet général a été notifiée au recourant en lui impartissant un délai de 20 jours pour répliquer.
- 1.9 Par courrier du 18 janvier 2018, le défenseur du recourant a déposé sa réplique qui reprend dans les grandes lignes l'argumentation développée dans le recours. Il répète notamment que l'art. 280 let. c CPP ne permet l'utilisation d'un GPS que

pour localiser une personne et n'aurait pas été possible pour mesurer la vitesse du véhicule du recourant. Se référant au message du Conseil fédéral, la défense relève qu'au vu de l'ingérence que représente l'utilisation de procédés techniques permettant en tout temps de déterminer où se trouve une personne, on ne saurait procéder à une interprétation extensive de l'art. 280 let. c CPP.

- 1.10 La réplique a été transmise au Parquet général pour information.
- 1.11 Le Parquet général a fait part de remarques selon lesquelles il est erroné de soutenir qu'il eût fallu que la pose du GPS ait pu être autorisée sur la base de l'art. 280 let. c CPP pour pouvoir utiliser les découvertes fortuites en vue d'établir les excès de vitesse. Il suffit en effet que la balise GPS ait pu être ordonnée pour élucider un crime ou un délit, en l'occurrence un crime contre la circulation routière, en application de l'art. 273 CPP par analogie, ainsi que le soutient HANSJAKOB dans DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Kommentar, art. 281, note 16.
- 1.12 Les remarques du Parquet général ont été communiquées pour information au recourant, dont le défenseur a, dans son courrier du 26 février 2018, répété que l'art. 280 let. c CPP n'a pas comme fin de constater des excès de vitesse, précisant que la doctrine citée par le Parquet général qui provient de juristes qui sont avant tout des procureurs, ne saurait l'emporter sur la volonté du législateur qui a posé des exigences supplémentaires en matière de dispositifs de surveillance par le biais des art. 278 et 280 CPP.

Les remarques de la défense ont été communiquées au Parquet général.

- 2.
- 2.1 En vertu de l'art. 279 al. 3 CPP, applicable par analogie à l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance par le renvoi prévu à l'art. 281 al. 4 CPP, un recours au sens de l'art. 393 al. 1 let. c CPP est possible, dans les 10 jours dès la communication officielle de la surveillance, contre la décision du Tribunal cantonal des mesures de contrainte du 6 septembre 2016 autorisant l'exploitation d'une découverte fortuite issue d'une surveillance ordonnée dans le cadre d'une procédure pour infractions graves à la LStup. Le recours institué à l'art. 279 al. 3 CPP contre une mesure de surveillance secrète permet de contester la légalité de la mesure (arrêt du Tribunal fédéral 1B_206/2016 du 5 juillet 2016, consid. 1.2.2).

Le recourant entend faire constater l'illicéité de l'utilisation des découvertes fortuites aux fins de constater des infractions graves à la LCR et en demande la destruction. Il a donc un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision querellée du Tribunal cantonal des mesures de contrainte.

- 2.2 Dans le cas d'espèce, la communication des mesures de surveillance a été valablement notifiée par le Ministère public (art. 279 al. 1 CPP). Il se pose dès lors la question de la légalité de l'exploitation des découvertes fortuites recueillies dans la cadre d'une autre procédure. L'utilisation d'un GPS en vue d'enquêter sur

l'activité délictuelle de A. _____ dans la procédure pénale ouverte contre lui pour infractions graves à la LStup est intervenue en application de l'art. 281 al. 4 CPP, pour des délits prévus expressément à l'art. 269 al. 2 CPP. Ainsi que cela ressort de la requête du Ministère public du 27 août 2015, le but de cette surveillance du véhicule utilisé à titre exclusif par A. _____, au moyen d'un GPS, était de pouvoir avant tout localiser le prévenu dans le cadre de ses contacts avec les acheteurs et de fournir des renseignements sur les éventuels lieux de production récents.

Selon l'art. 278 al. 1 CPP, les découvertes fortuites peuvent être utilisées à l'encontre du prévenu lorsqu'une surveillance aurait pu être ordonnée aux fins de la poursuite des autres infractions que celles qui ont fait l'objet de la surveillance. D'emblée, il convient de relever que les autres infractions découvertes dans le cas particulier sont des infractions graves à la loi sur la circulation routière qui ne figurent pas dans la liste exhaustive des infractions pour lesquelles une surveillance au moyen d'« autres mesures techniques de surveillance » pourrait être ordonnée.

De l'avis du Ministère public, entériné par le Tribunal cantonal des mesures de contrainte, les dispositifs techniques de surveillance ayant pour but de localiser une personne ou une chose selon l'art. 280 let. c CPP ont la même fonction de localisation qu'une surveillance téléphonique rétroactive et doivent être soumises aux mêmes conditions d'autorisation.

Une partie de la doctrine met certes en cause le souci exprimé dans le Message de la loi (Message relatif à l'unification de la procédure pénale du 21 décembre 2005 ; FF 2006 1234) qui relève que du point de vue de la protection des droits fondamentaux, l'utilisation de procédés techniques permettant en tout temps de déterminer le lieu où se trouve une personne ou une chose (par exemple le véhicule du prévenu) et donc de suivre les mouvements d'une personne, est très délicate et que les conditions à remplir pour leur autorisation sont les mêmes que dans le cas d'une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Selon LUZIUS EUGSTER/ANNEGRET KATZENSTEIN in Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2^e éd., ad art. 280, notes 37 et 38, ce souci n'est pas convainquant, étant donné qu'un GPS ne peut identifier que les trajets effectués par un véhicule ou sa localisation, mais ne donne pas d'informations sur ses occupants. HANSJAKOB in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) ad art. 281, note 16, exprime l'avis selon lequel il suffit que les conditions d'autorisation prévues à l'art. 273 CPP soient remplies lorsque la surveillance au moyen d'un dispositif technique au sens de l'art. 280 CPP n'a pour but que la localisation prévue à la lettre c de cette disposition, précisant que ce genre de surveillance est assimilable à la collecte de données accessoires au moyen d'une surveillance rétroactive d'un raccordement téléphonique.

Il ressort par ailleurs de la jurisprudence du Tribunal fédéral, et notamment de son arrêt 137 IV 340, consid. 6.3, portant sur la surveillance de la correspondance par télécommunications au moyen d'une recherche par champ d'antennes, que lorsque

la surveillance rétroactive n'a pas comme but premier la découverte d'infractions, respectivement la justification d'un soupçon d'infraction qui n'existait pas encore, mais qu'elle sert bien plus à l'individualisation et à l'identification des auteurs sur lesquels pèsent de forts soupçons de commission de crime, qui sont fondés sur des indices objectifs et concrets, une autorisation sur la base de l'art. 273 CPP suffit. Vu le caractère spécial d'une recherche par champs d'antennes, le Tribunal fédéral a cependant posé comme condition supplémentaire pour ce moyen de surveillance que l'infraction en cause soit un crime. Dans le cas particulier, les informations recueillies lors de la surveillance ordonnée dans le cadre de la procédure pénale pour infractions graves à la LStup ont cependant permis de découvrir de nouvelles infractions, la surveillance ne s'étant pas limitée à un but d'identification de l'auteur d'infractions pour lesquelles il existait déjà de forts soupçons de commission. Le cas d'espèce ne saurait dès lors être assimilé à une simple collecte d'informations accessoires au sens d'une surveillance rétroactive d'un raccordement téléphonique servant à rattacher une infraction présumée à une personne à identifier par une mesure de surveillance destinée à la localiser, sachant d'ailleurs que A._____ était la seule personne qui conduisait le véhicule sur lequel la balise GPS a été installée, ainsi que l'a relevé le Ministère public dans sa requête d'autorisation du 27 août 2015. La jurisprudence citée par le Ministère public ne saurait dès lors s'appliquer par analogie au cas d'espèce. En outre, le Tribunal fédéral n'a, jusqu'à présent, pas fait de distinction entre un GPS et les autres mesures techniques de surveillance prévues à l'art 280 CPP, considérant que pour ces mesures de surveillance les dispositions des art. 269 - 279 CPP devaient être remplies, sans exception (arrêts du Tribunal fédéral 1B_237/2015 du 11 août 2015. consid. 3. ; 1B_252/2017 du 21 février 2018, consid. 6.7 et 7.2). Dans le dernier arrêt cité, consacré à l'utilisation d'un dispositif technique spécial de surveillance de la correspondance par télécommunication permettant d'écouter et d'enregistrer des conversations, ou d'identifier ou de localiser une personne ou une chose (IMSI-Catchers), le Tribunal fédéral a rappelé que l'utilisation d'un appareil GPS servant à localiser des personnes ou des choses selon l'art. 280 let. c CPP devait, selon l'art. 281 al. 4 CPP, remplir les conditions de l'art. 269 CPP. Il a précisé que dans la mesure où l'appareil en cause (IMSI-Catchers) permettait une atteinte plus sensible dans la sphère privée que la seule identification de numéros IMSI ou IMEI, il n'y avait pas lieu de se pencher sur la question de savoir s'il eût été possible d'envisager que seules les conditions de l'art. 273 CPP devaient être remplies, ainsi que l'a jugé le TMC de Bâle-Campagne dans un arrêt du 28 septembre 2011.

- 2.3 La pose du GPS avait, dans le cas particulier, comme premier but la découverte d'infractions et non pas l'individualisation et l'identification de l'auteur. L'exploitation des découvertes fortuites nécessitait dès lors que les conditions de l'art. 269 CPP soient réalisées et que les nouvelles infractions découvertes figurent sur le catalogue d'infractions de l'art. 269 al. 2 CPP, ce qui n'est pas le cas. L'autorisation donnée par le Tribunal cantonal des mesures de contrainte en vue d'utiliser les enregistrements de vitesse au titre de découvertes fortuites est dès lors illégale.

Selon l'art. 278 al. 4 CPP, ces derniers doivent donc être conservés séparément et détruits immédiatement après la clôture de la procédure (art. 278 al. 4 CPP).

2.4 En procédure pénale, c'est en principe au juge du fond qu'il appartiendra de statuer sur le caractère exploitable des preuves administrées illicitement et leur valeur probante (art. 339 al. 2 let. d CPP). Une exception à ce principe réside lorsque la loi prévoit la destruction immédiate des preuves illicites ou que sur la base de la loi ou des circonstances du cas particulier, les preuves apparaissent d'emblée inexploitables (cas clair d'inexploitabilité). De telles circonstances ne peuvent être prises en compte que si l'intéressé fait valoir un intérêt juridique prépondérant à une constatation immédiate du caractère inexploitable des preuves et que ce dernier est manifeste (ATF 143 IV 390 consid. 4.4).

2.5 Cet intérêt existe, dans le cas d'espèce, puisque dans l'hypothèse où les données illicites étaient exploitées, la compétence du tribunal appelé à juger serait différente, sachant que le Ministère public envisagerait alors un renvoi du recourant devant un tribunal collégial composé de 5 juges.

Force est de constater que dans le cas particulier, les preuves recueillies illégalement sont issues d'une surveillance qui ne reposait sur aucun soupçon d'infractions graves à la LCR. Le fait que A._____ ait été accusé d'une infraction à la LCR commise le 15 novembre 2014, similaire à celles que révèlent les enregistrements incriminés, ne permet pas de fonder un soupçon concret d'infraction pour les excès de vitesse enregistrés une année plus tard au moyen du GPS. Or, en dehors du cadre strict de la loi, et plus précisément de l'art. 278 al. 3 CPP, des preuves récoltées sans soupçons préalables (art. 197 al. 1 let. b CPP) ne sauraient être utilisées sans tomber dans une « fishing expedition », les preuves recueillies de cette manière devant être écartées au titre d'une preuve illicite absolument inexploitable sur la base de l'art. 141 al. 1 CPP (SABINE GLESS, in : Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2^e éd., art. 141, note 81).

Au vu de ce qui précède, les preuves viciées doivent être détruites immédiatement sans que la question de leur exploitabilité puisse être à nouveau soulevée jusqu'à la clôture définitive de la procédure.

2.6 Le recours est admis. La décision d'autorisation du Tribunal cantonal des mesures de contrainte du 6 septembre 2016 doit être annulée et les enregistrements récoltés au titre de découvertes fortuites doivent être immédiatement détruits.

3.

3.1 Au vu du résultat auquel parvient la Chambre de recours pénale, les frais de la procédure de recours, comprenant un émolument global de CHF 1'200.00, sont mis à la charge du canton de Berne, en application de l'art. 428 al. 1 CPP.

- 3.2 L'indemnisation du défenseur d'office pour la présente procédure sera fixée à la fin de la procédure par le ministère public ou le tribunal, conformément à l'art. 135 al. 2 CPP en relation avec l'art. 138 al. 1 CPP.

La Chambre de recours pénale décide:

1. Le recours est admis.
2. La décision du Tribunal cantonal des mesures de contrainte du 6 septembre 2016, autorisant l'exploitation des découvertes fortuites, est annulée.
3. Les preuves recueillies au titre de découvertes fortuites doivent être immédiatement détruites.
4. Les frais de la procédure de recours, comprenant un émolument global de CHF 1'200.00, sont mis à la charge du canton.
5. A notifier:
 - au Parquet général du canton de Berne
 - à A._____, par M^e B._____

A communiquer:

- au Tribunal cantonal des mesures de contrainte, avec le dossier
- au Ministère public du canton de Berne, Région Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois

Berne, le 13 juin 2018

Au nom de la Chambre de recours
pénale
Le Président e.r. :

Stucki, Juge d'appel

La Greffière :

Vogt

Voies de recours :

Un recours en matière pénale selon les art. 39 ss, 78 ss et 90 ss de la loi du 17 juin 1995 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) peut être déposé auprès du Tribunal fédéral (Av. du Tribunal fédéral 29, Case postale, 1000 Lausanne 14) contre la présente décision dans les 30 jours qui suivent sa notification. Le recours doit respecter les exigences de l'art. 42 LTF.

Remarques :

Les envois par fax et par e-mail ordinaire ne sont pas valables et ne sauvegardent pas les délais.
Le numéro du dossier doit figurer sur les envois (BK 17 447).