

Hochschulstrasse 17
Case postale
3001 Berne
Téléphone +41 31 635 48 13
Fax +41 31 635 48 18
coursupreme-penal.berne@justice.be.ch
www.justice.be.ch/coursupreme

Décision

BK 17 91

Berne, le 29 mai 2017

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

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



Objet ordonnance du 20.02.2017
procédure pénale pour pornographie

recours contre l'ordonnance du Tribunal régional Jura
bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, du 20 février 2017

Considérants:

1.

1.1 Par ordonnance du 20 février 2017, la Présidente e.o. du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois (ci-après : Présidente e.o. du Tribunal régional), a communiqué les décisions du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Schwyz des 10 juillet 2013, 9 janvier 2014 et 10 juillet 2014 au prévenu en le rendant attentif à la possibilité de former un recours contre ladite ordonnance auprès de la Chambre de recours pénale. Il ressort des motifs à la base de ladite ordonnance que le prévenu a été contacté sur internet par l'agent X. _____ 1640 à qui il a communiqué le mot de passe donnant accès au répertoire « C. _____ » au contenu litigieux. Le prévenu a ainsi fait l'objet de recherches secrètes au sens de l'art. 298a ss CPP. Par la communication des décisions d'autorisation du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Schwyz, force est de constater que le prévenu a désormais eu accès à l'ensemble du dossier portant sur la surveillance dont il a fait l'objet. Il a pu consulter l'intégralité du dossier tant avant la clôture de la procédure préliminaire qu'avant l'audience des débats. Par ailleurs, il dispose d'un délai de 10 jours pour déposer un recours contre la mesure de surveillance. Si la communication au sens de l'art. 298 al. 1 CPP en relation avec l'art. 298d al. 4 CPP n'est à tort pas intervenue, le délai de recours ne commence alors à courir qu'à la date à laquelle l'intéressé a eu accès à l'ensemble du dossier portant sur l'investigation secrète.

1.2 Par courrier du 24 février 2017, le défenseur du prévenu a recouru en temps utile contre l'ordonnance de la Présidente e.o. du Tribunal régional du 20 février 2017. Ses conclusions sont les suivantes :

1. Admettre le recours.
2. Annuler l'ordonnance du Juge de première instance.
3. Partant, ordonner le retrait procédural des pièces produites par le Ministère public.
4. Sous suite de frais et dépens.

A l'appui de ses conclusions, la défense fait valoir qu'il est surprenant, eu égard à la compétence *ratione loci*, que la police judiciaire fédérale ait adressé une plainte à la police cantonale de Schwyz pour des actes qui se sont déroulés dans le canton de Berne. Or, le 8 juillet 2014, la police cantonale de Schwyz transmettait l'affaire pour suite aux autorités pénales bernoises. A lire le Ministère public, l'activité de la police judiciaire fédérale ne constitue pas une investigation secrète au sens des art. 285a CP, mais une enquête préalable secrète régie par la législation de police, en l'espèce le paragraphe 9d de la loi sur la police du canton de Schwyz. Selon le Ministère public, ni la procédure d'autorisation en vertu de l'art. 289 CPP ni les dispositions des art. 296 et 298 CPP ne s'y appliquent. Il est assez étonnant, de l'avis de la défense, de lire que le Ministère public invoque une loi schwyzoise pour éluder l'application des art. 289, 296 et 298 CPP alors que la loi bernoise prévoit expressément en son art. 35b al. 4 que les art. 141, 151 ainsi que 286 à 289 CPP s'appliquent par analogie. En clair, le Ministère public bernois se base sur une loi schwyzoise pour contourner la propre loi bernoise qui fait expressément référence aux dispositions des art. 289, 296 et 298 CPP. Si

l'investigation policière secrète s'était déroulée sur la base de la loi bernoise sur la police du 8 juin 1997, le recourant aurait vu ses droits garantis. Selon l'art. 298a CPP, les recherches secrètes consistent pour les membres d'un corps de police à tenter d'élucider des crimes ou des délits dans le cadre d'intervention de courte durée. Or, le contrat passé entre la police judiciaire fédérale et la police schwyzoise n'est pas de courte durée. Par ailleurs, au sens de l'art. 298a al. 2 CPP, les agents affectés aux recherches secrètes ne sont pas munis d'une identité d'emprunt. On s'étonne alors de savoir que les agents infiltrés ont utilisé les codes débutant par « X._____ ». De deux choses l'une : soit il s'agit de recherches secrètes de l'art. 298a CPP et les agents ne pouvaient pas avoir une identité d'emprunt, soit on se trouve dans le cadre d'une investigation secrète ordinaire et les autorisations faisaient défaut. La situation n'y change rien puisqu'aux termes de l'art. 298d, c'est l'art. 298 al. 1 et 3 CPP qui s'applique par analogie s'agissant des informations à la personne visée. En tout état de cause, le dossier ne contient en l'état pas de décision du tribunal des mesures de contrainte permettant de faire la différence entre les recherches secrètes et investigations secrètes. Dans ces circonstances, il convient de constater que tant les investigations secrètes que les recherches secrètes nécessitaient l'information par la direction de la procédure au prévenu. Tel n'a pas été le cas de sorte que le droit a été violé. Tant le droit du prévenu que les règles élémentaires du Code de procédure pénale dictaient à l'autorité de joindre au dossier les autorisations.

- 1.3 Par ordonnance du 2 mars 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 ainsi qu'au Tribunal régional, pour prendre position. Ce dernier a renoncé à prendre position sur le recours. Quant au Parquet général, il a retenu les conclusions suivantes :

Principalement :

1. Déclarer le recours de A._____ irrecevable.
2. Mettre les frais à la charge du recourant.

Subsidiairement :

1. Rejeter le recours de A._____.
2. Mettre les frais à la charge du recourant.

Les arguments invoqués par le Parquet général à propos de l'irrecevabilité du recours sont les suivants :

4. [...] le Tribunal a rendu une ordonnance le 20 février 2017 communiquant au recourant les copies des décisions du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Schwyz des 10 juillet 2013, 9 janvier 2014 et 10 juillet 2014, qui autorisent notamment l'agent XY._____ à procéder à des investigations préventives sous couverture [...].

6. Une fois encore, se pose ici d'emblée la question de la recevabilité du recours formé par A._____. En effet, comme la Chambre de céans a eu à le rappeler dans sa précédente décision, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions de la direction de la procédure ne sont

susceptibles d'un recours que lorsque la décision attaquée est de nature à causer un préjudice irréparable. Or, comme la Chambre de céans l'a déjà démontré, il n'existe pas en l'espèce de préjudice irréparable étant donné que les copies versées au dossier n'ont pas pour but de compléter l'acte d'accusation mais sont semblables à des compléments de preuve. Dès lors qu'il existe la possibilité pour le recourant d'obtenir que la preuve administrée, à tort selon lui, soit écartée du dossier en recourant contre la décision finale, l'ordonnance rendue par le Tribunal de première instance ne lui a pas causé de préjudice irréparable.

En tout état de cause, le Parquet général est d'avis que le recours est de toute manière mal fondé pour les raisons suivantes :

8. [...] l'activité de la PJF ne constituait pas une investigation secrète au sens de l'art. 285a ss CPP, mais bien une enquête préalable secrète régie par la législation de police du canton de Schwyz. En effet, l'engagement de l'enquêteur de la PJF ainsi que ses activités étaient réalisées dans le cadre des missions de la police cantonale schwyzoise et selon l'autorisation du Tribunal des mesures de contrainte de ce canton. Ni la procédure d'autorisation en vertu de l'art. 289 CPP, ni les dispositions des art. 296 à 298 ne s'y appliquent

9. En l'espèce, le contexte légal dans lequel se sont déroulées ces opérations ne prête pas flanc à la critique, contrairement à ce qu'avance Maître B._____. En effet, lors de leurs investigations, les enquêteurs ont découvert que l'une des adresses IP utilisée au moment des échanges de fichiers au contenu illégal était attribuée à A._____, résidant à D._____, dans le canton de Berne. C'est ainsi que la PJF a adressé, à juste titre, une dénonciation pénale aux autorités du canton de Berne pour des faits relevant manifestement de leur compétence. Dès lors, les éléments résultant de cette enquête sont exploitables, ce d'autant plus qu'ils ont été récoltés sur la base d'autorisations valables d'un Tribunal des mesures de contrainte.

- 1.4 Le courrier du Tribunal régional du 6 mars 2017 ainsi que la prise de position du Parquet général du 22 mars 2017 ont été notifiés au défenseur du recourant en lui impartissant un délai de 20 jours pour répliquer.

La défense a déposé sa réplique le 25 avril 2017 (date du timbre postal). Dans la mesure où cette dernière a été envoyée en dehors du délai de 20 jours qui a été imparti par l'ordonnance du Président e.r. de la Chambre de recours pénale du 29 mars 2017, notifiée le 3 avril 2017, on ne peut en tenir compte dans la procédure de recours.

2.

- 2.1 L'ordonnance querellée a pour objet de communiquer les décisions du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Schwyz autorisant la police à procéder à des enquêtes préalables secrètes en dehors d'une procédure pénale au sens de l'art. 9d de la loi sur la police du canton de Schwyz et de constater que le prévenu a désormais eu accès à l'ensemble du dossier portant sur la surveillance dont il a fait l'objet. Dans la mesure où aucune communication au sens de l'art. 298 al. 1 CPP en relation avec l'art. 298d al. 4 CPP n'a été faite à l'égard du prévenu avant la clôture de la procédure préliminaire, un délai de 10 jours a été imparti à ce dernier

à partir de la notification de ladite ordonnance, pour recourir contre la mesure de surveillance.

Il convient d'emblée de préciser que la question de savoir si les décisions du Tribunal des mesures de contrainte peuvent être jointes au dossier à titre de compléments de preuves a fait l'objet du précédent recours contre l'ordonnance du 19 octobre 2016 par laquelle le Tribunal régional a suspendu la procédure et renvoyé l'accusation au Ministère public pour remédier aux vices constatés, à savoir l'absence au dossier de décision du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Schwyz pour l'utilisation d'une investigation secrète. On ne saurait dès lors, dans le cadre du présent recours, statuer une nouvelle fois sur la question de savoir si ces compléments de preuves constituent un dommage irréparable pour le prévenu, la Chambre de recours pénale ayant tranché la question par la négative et déclaré le recours irrecevable (décision de la Cour suprême du canton de Berne BK 16 437 du 18 janvier 2017).

En revanche, ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral, le recours institué à l'art. 298 al. 3 CPP contre une mesure d'investigation secrète permet de contester la légalité de la mesure, et non sa valeur probante, cette dernière question appartenant au juge du fond. Celui qui omet de recourir contre une mesure de surveillance ne peut toutefois plus remettre en cause sa licéité devant le juge du fond (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1066/2013 du 27 février 2014 consid. 3.2 et doctrine citée, arrêt du Tribunal fédéral 1B_40/2016 du 12 avril 2016 consid. 1.1.2).

Selon l'art. 298 al. 3 CPP, les personnes qui ont fait l'objet d'une investigation secrète peuvent interjeter recours conformément aux art. 393 à 397 CPP. Le délai de recours commence à courir dès la réception de la communication ou dès que l'intéressé a eu accès à l'ensemble du dossier portant sur l'investigation secrète (arrêt du Tribunal fédéral 1B_40/2016 du 12 avril 2016 consid. 2.1).

Dans le cas particulier, l'ordonnance de la Présidente e.o. du Tribunal régional du 20 février 2017 peut dès lors faire l'objet d'un recours à la Chambre de recours pénale et ce dernier a été déposé par la défense dans les formes et délais prévus aux art. 396 CPP.

- 2.2 Il ressort du dossier de la cause que la police cantonale du canton de Schwyz a demandé l'autorisation du Tribunal des mesures de contrainte d'effectuer des investigations secrètes à titre préventif sur Internet, hors d'une procédure pénale, dans le cadre de la lutte contre la pédophilie et la pornographie infantine. La possibilité de désigner pour cette tâche des agents infiltrés appartenant à la police fédérale repose sur une convention conclue entre le canton de Schwyz et le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI), étant précisé que ces investigations secrètes à titre préventif hors procédure pénale figurent parmi les activités menées par ledit Service sur mandat de la Confédération et des cantons pour dépister des pédophiles ou de la pornographie infantine dans les forums de discussion. Selon l'art. 9d al. 3 de la loi cantonale sur la police du canton de Schwyz, la participation d'agents infiltrés pour des

investigations secrètes préalables nécessite l'autorisation du Tribunal des mesures de contrainte, la procédure d'autorisation s'orientant sur celle prévue par le Code de procédure pénale suisse.

Au vu des soupçons pesant sur A._____, l'affaire a été transmise aux autorités pénales bernoises compétentes.

D'emblée, il convient de préciser que les investigations secrètes préalables dans le but de prévenir des infractions ne rentrent ni dans la définition de l'art. 285a CPP ni dans celle de l'art. 298a CPP ; leur réglementation relève de la compétence des cantons. Les dispositions du CPP ne trouvent application qu'en présence d'un soupçon initial (cf. ATF 143 IV 27, consid. 2.5). Des investigations secrètes préalables peuvent donc rentrer dans la définition d'une investigation secrète ou de recherches secrètes si un soupçon d'infraction naît au cours des investigations policières préalables. La question de savoir si ce sont les caractéristiques de l'art. 285a CPP nécessitant l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte ou celle de l'art. 298a CPP qui sont remplies dépend notamment du fait de savoir à quel titre l'agent de police infiltré est intervenu et si la tromperie remplit la forme qualifiée (ATF 143 IV 27, consid. 2.4). Il n'importe pas de trancher cette question dans le cas d'espèce, puisque la loi sur la police du canton de Schwyz prévoit qu'une autorisation du tribunal des mesures de contrainte est nécessaire lorsque des agents infiltrés procèdent à des investigations secrètes préalables hors procédure pénale, et qu'une telle autorisation a été donnée.

Au vu de ce qui précède, il appert que les mesures d'investigation secrètes effectuées dans le cas d'espèce sont licites et donc exploitables, étant précisé que les décisions d'autorisation du Tribunal des mesures de contrainte du canton de Schwyz ont été communiquées au prévenu. La Présidente e.o. du Tribunal régional, qui avait constaté l'absence de ces décisions, a en effet rouvert les débats et, par ordonnance du 19 octobre 2016, renvoyé l'accusation au Ministère public pour complément. Le prévenu a donc désormais eu accès à l'ensemble du dossier portant sur la surveillance dont il a fait l'objet.

Le recours doit en conséquence être rejeté.

3.

- 3.1 Les frais de la procédure de recours, comprenant un émolument global de CHF 1'200.00, sont mis à la charge du recourant qui succombe, en application de l'art. 428 al. 1 CPP.

La Chambre de recours pénale décide:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de la procédure de recours, comprenant un émolument global de CHF 1'200.00, sont mis à la charge du recourant, A._____.
3. A notifier :
 - au Parquet général du canton de Berne
 - à A._____, par M^e B._____

A communiquer :

- au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois
- au Ministère public du canton de Berne, Tâches spéciales

Berne, le 29 mai 2017

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 91).