

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 7 octobre 2024

Composition : M. KRIEGER, président
Mmes Byrde et Elkaim, juges
Greffier : M. Serex

Art. 141, 265, 269 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 23 mai 2024 par **Q.** _____
contre l'ordonnance rendue le 10 mai 2024 par le Ministère public de
l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE21.012590-LRC**, la
Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. 1. Le 15 juillet 2021, la Procureure de service a été contactée
par la police qui l'a informée des faits suivant (procès-verbal des
opérations, p. 2) :

- F._____, née en 2001, a déposé plainte le 17 février 2021 après avoir reçu le 14 février 2021 une photographie non sollicitée d'un sexe masculin par le détenteur du compte Instagram « [...] » ;
- l'utilisateur de ce compte a été identifié en la personne de Q._____, né en 2000 ;
- entendu le 15 juillet 2024 par la police, Q._____ a reconnu être l'utilisateur du compte en question, avoir envoyé des photographies de son sexe à des jeunes filles qu'il ne connaissait pas toujours et avoir parlé de sexe sur les réseaux sociaux avec 4 ou 5 filles de moins de 16 ans sans les rencontrer ou leur proposer de les rencontrer ;
- Q._____ a accepté qu'une extraction de son téléphone soit faite et a donné les accès à ses comptes de réseaux sociaux.

Le procès-verbal indique également à la même date que « *[l]es mesures d'enquêtes se poursuivent dans le cadre des investigations policières* ».

Le 12 août 2021, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : Ministère public) a reçu le rapport d'investigation du 5 août 2021 de la Police de sûreté - division mœurs (P. 4), avec 6 annexes, ainsi que le procès-verbal d'audition-plainte de F._____. Il en ressort que les enquêteurs ont pu déterminer que Q._____ avait eu au moins 234 conversations au cours desquelles il avait envoyé une photographie de son sexe alors que ses interlocutrices (majeures et mineures) ne l'avaient pas sollicitée et qu'il avait eu des conversations à caractère sexuel avec au moins 65 jeunes filles ayant indiqué avoir moins de 16 ans dans la conversation ou dans leur profil, ou dont les photographies de leur profil montraient clairement qu'elles n'avaient pas 16 ans. Parmi ces 65 conversations, Q._____ a envoyé un ou plusieurs « nudes » à 50 reprises sans demander l'autorisation ou en passant outre un refus d'autorisation. Les interlocutrices les plus jeunes avaient 11 ans. A une reprise le prévenu a envoyé une photographie à une fillette de 9 ans.

Il ressort d'une des annexes du rapport que, le 23 février 2021, la Police de sûreté, avec l'accord d'un Procureur ayant apposé sa signature, a envoyé un courrier à Facebook Ireland Ltd, en Irlande, aux fins d'obtenir la transmission, sur une base volontaire, de :

- « - *la date, l'IP, l'adresse email, le numéro de téléphone de validation, etc. de l'utilisateur « [...] » au moment de la création de son compte ;*
- *l'historique entier et les IP de toutes les connexions de l'utilisateur « [...] » ;*
- *les données d'utilisateurs relatives à tout compte associé (google, gmail, vimeo, etc) ou tout moyen de paiement en lien avec un achat (carte de crédit, achat, date de transaction). »*

Le courrier en question mentionnait l'application de l'art. 265 CPP (Code pénal suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0) et des art. 32 ss CCC (Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 ; RS 0.311.43). S'agissant de cette convention, le courrier indiquait qu'elle avait « *notamment été ratifiée par la Suisse et les USA* » (P. 4/2). Facebook Ireland Ltd. a répondu à ce courrier à la fin du mois d'avril 2021 en fournissant certains des renseignements demandés, à savoir les dernières adresses IP depuis lesquelles le prévenu s'était connecté au compte Instagram précité, le numéro téléphonique lié à ce compte et la date de création du compte. L'abonné du numéro de téléphone en question a été identifié en la personne du prévenu. La police a extrait une série de captures d'écran, les a enregistrées sur un CD-Rom (P. 10, fiche pièce à conviction n° 11437) et les a imprimées (P. 4/3 à 4/7).

Le 19 août 2021, la police a restitué au prévenu son téléphone portable (P. 8), qu'elle lui avait saisi lors de son audition du 15 juillet 2023 (P. 5). Il ressort du rapport de police que ce téléphone était trop endommagé pour être examiné (P. 4/1, p. 7).

Par acte daté du 23 août 2021 et posté le lendemain, B._____ a déposé plainte contre Q._____ au motif que celui-ci lui avait envoyé une photographie non sollicitée de ses parties génitales sur Instagram, à travers le compte précité, les 4 avril et 10 juin 2020. Elle

exposait avoir appris le jour précédent le nom de l'utilisateur par F._____. Cette plainte n'étant pas signée, à la demande du Ministère public (P. 7), l'intéressée l'a renvoyée munie de sa signature le 15 septembre 2021 (P. 6).

Le 26 novembre 2021, le prévenu a informé le Ministère public que, après son audition, il avait pris contact avec le Service de Médecine et Psychiatrie Pénitentiaires (ci-après : SMPP) et avait rendez-vous avec la psychologue W._____ pour quatre séances en vue de cerner son problème et de le résoudre (P. 11).

Le 22 février 2022, le Ministère public a écrit au SMPP en indiquant que le prévenu avait délié sa thérapeute du secret médical. Il invitait celle-ci à répondre d'ici au 14 mars 2022 à une série de questions en lien avec le suivi du prévenu (motif du suivi, date à laquelle le suivi a commencé, nombre de séances et fréquence, compliance, etc.), les éventuels troubles ou affections psychiques dont il souffrirait, son évolution d'un point de vue psychique, le caractère bénéfique dudit suivi, ainsi que l'éventuelle nécessité de celui-ci pour le futur (P. 14). Le 29 mars 2022, le Ministère public a invité le même service à répondre à ses questions d'ici au 13 avril 2022 (P. 15). Le 3 mai 2022, celui-ci a répondu aux questions (P. 16).

Le 11 juin 2023, le prévenu a écrit au Ministère public pour l'informer qu'il avait l'opportunité de poursuivre ses études à Prague, et lui a demandé si cela était compatible avec l'enquête, notamment avec le suivi psychothérapeutique qu'il avait avec le SMPP (P. 17). Le 27 juin 2022, le Ministère public lui a répondu par la positive, à condition que les autorités pénales puissent continuer à lui adresser les courriers à son attention et qu'il soit en mesure de se présenter à toute convocation en justice (P. 18). Par courriel du 26 janvier 2023, W._____ a informé le Ministère public que, depuis qu'il avait quitté la Suisse pour ses études, le prévenu lui avait fait part de la complexité de la prise en charge financière par l'assurance maladie et que, compte tenu de ces difficultés financières,

le suivi thérapeutique, qui était effectué sur un mode volontaire, ne pouvait plus être maintenu (P. 19).

2. Le 22 septembre 2021, le Ministère public a décidé d'ouvrir une instruction pénale à l'encontre de Q._____ pour avoir :

- entre le 20 décembre 2018 (dès sa majorité) et le 8 juin 2021, à tout le moins, adressé un minimum de 73 fichiers, soit des photographies ou des vidéos à caractère pornographique à 32 filles âgées de moins de 16 ans ;
- entre le 23 avril 2020 et le 28 décembre 2020, à tout le moins, avoir reçu un minimum de 12 fichiers, soit des photographies ou des vidéos à caractère pornographique de 3 filles âgées de moins de 16 ans ;
- les 4 avril 2020, 10 juin 2020 et 14 février 2021, adressé des photographies à caractère pornographique à F._____ (20 ans) et B._____ (18 ans) sans y avoir été invité.

Le 17 novembre 2021, le prévenu a été entendu par la greffière du Ministère public (PV aud. 3). Informé de ses droits, il a indiqué qu'il ne souhaitait pas se faire assister par un défenseur.

Le 2 février 2023, le Ministère public a adressé un avis de prochaine clôture aux parties.

Le 13 février 2023, Me Daniel Trajilovic a informé le Ministère public qu'il était consulté par le prévenu, et a produit une procuration. Le lendemain, le dossier a été mis à disposition de ce conseil, pour 48 heures. Sur requête du prévenu, le délai fixé dans l'avis de prochaine clôture a été prolongé à deux reprises, la dernière fois au 24 avril 2023.

Le 24 avril 2023, le prévenu, par son défenseur, a requis le retranchement et la destruction de la pièce 4, en son entier, ainsi que des pièces 5, 6, 7, 8, 9, 10 (ainsi que la pièce conviction n° 11437, soit le CD-Rom contenant 527 captures d'écran, liste des personnes contactées, conversations et profils), 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, ses procès-verbaux

d'audition (n^{os} 1 et 3) ainsi que le procès-verbal des opérations dans son intégralité. Il invoquait que la police ne pouvait pas se contenter d'un simple courrier afin de demander des renseignements à une entreprise sise à l'étranger, ce qui rendait les pièces collectées inexploitable.

Le 6 mars 2024, le prévenu, par son défenseur, a rappelé au Ministère public sa requête en retranchement de pièces du 24 avril 2023, et a sollicité la reddition d'une décision formelle.

B. Par ordonnance du 10 mai 2024, le Ministère public a refusé le retranchement et la destruction des pièces 4 à 12, 14 à 19, y compris la pièce à conviction n° 11437, des procès-verbaux d'audition n° 1 et 3 ainsi que du procès-verbal des opérations (I), a déclaré exploitables les pièces 4 à 12, 14 à 19, y compris la pièce à conviction n° 11437, les procès-verbaux d'audition n^{os} 1 et 3 ainsi que le procès-verbal des opérations (II), a dit que les frais suivaient le sort de la cause (III).

Le Ministère public a considéré que le courrier du 23 février 2021 de la Police de sûreté et du Ministère public s'apparentait à un ordre de dépôt, fondé sur l'art. 265 CPP, qui permet à son destinataire de fournir volontairement les objets ou valeurs requis, sans recourir à des mesures de contrainte. Le Ministère public a invoqué que si le détenteur s'exécutait immédiatement, il ne s'agissait pas d'un acte d'instruction ou d'une mesure de contrainte, mais d'un acte élémentaire ne constituant pas une violation du principe de territorialité et ne nécessitant pas de procéder par la voie de l'entraide judiciaire internationale. La démarche ne nécessitait pas une autorisation du Tribunal des mesures de contrainte dès lors qu'aucune donnée secondaire de télécommunication n'avait été demandée. A supposer que la récolte du moyen de preuve en cause soit illicite, celle-ci était exploitable car permettant d'élucider une infraction grave.

C. Par acte du 23 mai 2024, Q._____, par son défenseur de choix, a recouru contre cette ordonnance et conclu principalement à son annulation et au retranchement et à la destruction des pièces 4, 5, 6, 7, 8,

9, 10 (ainsi que la pièce à conviction n° 11437), 11, 12 ,14, 15, 16, 17, 18, 19, des procès-verbaux d'audition n^{os} 1et 3 et du procès-verbal des opérations dans son intégralité. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a complété son acte le 7 juin 2024 en indiquant une jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

Aucun échange d'écritures n'a été ordonné.

En droit :

1. Le recours est ouvert contre le refus par le Ministère public de retirer un moyen de preuve prétendument inexploitable (ATF 143 IV 475 consid. 2 ; TF 1B_485/2021 du 26 novembre 2021 consid. 2.4 ; TF 1B_549/2019 du 10 mars 2020 consid. 2.4 ; TF 1B_304/2018 du 13 novembre 2018 consid. 2.3). Formé en temps utile, par le prévenu qui a un intérêt au retranchement des moyens de preuve en cause, et dans les formes prescrites, le recours est recevable (art. 382 al. 1, 385 al. 1, 396 al. 1 CPP). En revanche, l'acte complémentaire du 7 juin 2024 est irrecevable car tardif.

2.

2.1 Le recourant invoque une violation des art. 141, 265 et 273 CPP. Il soutient en substance que les enquêteurs ne disposaient que du nom d'utilisateur de l'auteur sur Instagram, soit des données secondaires. Il fait valoir que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si les autorités pénales n'ont connaissance d'activités punissables commises au moyen d'Internet (tels que des « posts » sur des réseaux sociaux) qu'au moyen de données secondaires, et qu'elles doivent chercher les adresses IP attribuées et les clients correspondant à ces adresses pour trouver l'auteur d'une infraction, les recherches en Suisse sont soumises aux prescriptions de l'art. 273 CPP. Les recherches à l'étranger ne peuvent avoir lieu que par la voie de l'entraide internationale en matière pénale. Ce n'est qu'entre pays ayant ratifié la CCC qu'une entraide facilitée, par la collaboration volontaire de la personne légalement autorisée à divulguer

des données informatiques situées dans un de ces Etats, est possible (cf. art. 32 CCC). Or, l'Irlande n'a pas ratifié cette convention, si bien qu'une collaboration volontaire n'était en l'occurrence pas possible. C'était donc exclusivement par la voie ordinaire de l'entraide internationale en matière pénale que l'autorité pénale pouvait obtenir les données en cause auprès d'un fournisseur de service Internet domicilié à l'étranger (ATF 146 IV 36 consid. 2). Il s'ensuivrait, d'une part, que l'art. 265 CPP et la CCC ne pouvaient fonder la demande faite le 23 février 2021 à Facebook Ireland Ltd, si bien que cette demande - qui mentionnait comme bases légales ces dispositions - était mensongère. D'autre part, faute de respect des règles en matière d'entraide autorisant les mesures en cause et/ou l'obtention du consentement du pays en cause, les données obtenues en provenance de l'étranger seraient illicites et inexploitable (ATF 146 IV 36 consid. 2.3). Toutes les pièces obtenues en violation de la procédure d'entraide seraient inexploitable, et toutes les preuves recueillies grâce à ces preuves inexploitable (cf. art. 141 al. 4 CPP) - soit toutes les pièces dont le retranchement est requis - devraient être retranchées et détruites.

2.2

2.2.1 Selon l'art. 140 CPP, les moyens de contrainte, le recours à la force, les menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre sont interdits dans l'administration des preuves (al. 1); ces méthodes sont interdites même si la personne concernée a consenti à leur mise en œuvre (al. 2).

Les preuves administrées en violation de l'art. 140 CPP ne sont en aucun cas exploitables. Il en va de même lorsque le présent code dispose qu'une preuve n'est pas exploitable (art. 141 al. 1 CPP). Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (art. 141 al. 2 CPP). Les preuves qui ont été administrées en violation de prescriptions d'ordre sont exploitables (art. 141 al. 3 CPP).

À teneur de l'ancien art. 141 al. 4 CPP (RO 2010 p. 1881), relatif aux preuves dites dérivées, si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'art. 141 al. 2 CPP - art. 141 al. 1 et 2 CPP selon la version de l'art. 141 al. 4 CPP en vigueur dès le 1^{er} janvier 2024 (RO 2023 p. 468) -, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve.

Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites (art. 141 al. 5 CPP). Dans certains cas, la loi prévoit expressément la destruction immédiate des preuves (cf. notamment l'ancien art. 248 [RO 2010 p. 1881], art. 271 al. 3, 277 et 289 al. 6 CPP ; sur ce qui précède, cf. TF 7B_6/2024 du 6 mai 2024 destiné à la publication consid. 2.2.1).

Au stade de l'instruction, il convient de ne constater l'inexploitabilité de moyens de preuve que dans des cas manifestes (TF 7B_548/2024 du 9 juillet 2024 consid. 1.3 ; TF 7B_868/2023 du 1^{er} décembre 2023 consid. 4.3.1 ; TF 1B_91/2020 du 4 mars 2020 consid. 2.2 ; TF 1B_234/2018 du 27 juillet 2018 consid. 3.1 et les références citées). Les circonstances du cas d'espèce sont déterminantes pour l'examen de l'exploitabilité d'une preuve dite dérivée au sens de l'art. 141 al. 4 CPP (TF 7B_6/2024 précité consid. 2.2.2 ; TF 7B_257/2022 du 4 décembre 2023 consid. 3.2.4 et les arrêts cités). Dans la mesure où l'illicéité de cette preuve doit être retenue déjà au stade de l'instruction, ce moyen de preuve doit être retiré du dossier en application de l'art. 141 al. 5 CPP (TF 7B_6/2024 précité consid. 2.2.2 ; TF 1B_93/2021 du 19 juillet 2021 consid. 4).

2.2.2 L'art. 265 CPP permet à l'autorité d'instruction d'obtenir auprès de leurs détenteurs les objets ou valeurs qui doivent être séquestrés en application de l'art. 263 CPP. L'ordre peut être assorti d'une commination de la peine prévue à l'art. 292 CP (art. 265 al. 3 CPP). L'ordre de dépôt permet à son destinataire de fournir volontairement les objets ou valeurs requis, sans recourir à des mesures de contrainte (art. 265 al. 4 CPP).

Selon le Tribunal fédéral, l'ordre de production, au sens de l'art. 265 CPP, doit être adressé au détenteur de données. Dans l'affaire publiée aux ATF 143 IV 21, le Ministère public avait requis de la société Facebook Switzerland Sàrl la production de l'identité du détenteur d'un compte Facebook. Cette société avait refusé en indiquant qu'elle ne gérait pas la plateforme mais uniquement le développement du marché publicitaire en Suisse, et avait indiqué qu'il fallait que l'ordre de production soit adressé à Facebook Ireland Ltd par la voie de l'entraide judiciaire internationale. Le Tribunal fédéral a suivi ce point de vue en relevant qu'aucun des documents sur lesquels l'autorité cantonale s'était fondée ne permettait d'affirmer que la société suisse serait effectivement titulaire des données réclamées par le Ministère public, et que selon un *affidavit* au dossier, seule Facebook Ireland Ltd serait partenaire contractuelle des utilisateurs de Facebook situés hors des Etats Unis d'Amérique et du Canada. Il a conclu que « *[Le Ministère public] n'a dès lors d'autre choix que de s'adresser par voie d'entraide judiciaire aux autorités irlandaises pour obtenir les renseignements désirés* » (ATF 143 IV 21 consid. 3.4.3).

Pour ce qui concerne la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, les art. 269 ss CPP prévoient des conditions spécifiques telles qu'une liste d'infractions autorisant le recours à cette mesure (art. 269 al. 2 CPP) et l'intervention du tribunal des mesures de contrainte (art. 272 al. 1 et 273 al. 2 CPP). En application de l'art. 2 LSCPT (loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 18 mars 2016, RS 780.1), ont notamment des obligations de collaborer les fournisseurs de services de télécommunication au sens de l'art. 3 let. b LTC (loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 ; RS 784.10), ainsi que les fournisseurs de services qui se fondent sur des services de télécommunication et qui permettent une communication unilatérale ou multilatérale (fournisseurs de services de communication dérivés). Sont des fournisseurs de services de télécommunication les personnes qui s'engagent à transporter ou transmettre eux-mêmes des informations

pour le compte de tiers au moyen de techniques de télécommunication (cf. art. 3 let. b LTC ; Métille, in : Jeanneret et al. [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd. 2019, n. 53 ad introductions aux art. 269-281). Sont des fournisseurs de services de communication dérivés les personnes qui ne constituent ni des fournisseurs d'accès à Internet ni, partant, des fournisseurs de services de télécommunication au sens de la loi mais jouent également un rôle dans le processus de correspondance par télécommunication en particulier par Internet, en fournissant des services qui ne peuvent être offerts qu'en relation avec l'activité d'un fournisseur de services de télécommunication, plus précisément d'un fournisseur d'accès à Internet (cf. Message du Conseil fédéral du 27 février 2013 concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, FF 2013 pp. 2379 ss, spéc. 2403 et 2404).

2.2.3 En vertu du principe de la territorialité, un État ne peut en principe exercer les prérogatives liées à sa souveraineté – dont le pouvoir répressif – qu'à l'intérieur de son propre territoire (ATF 150 IV 139 consid. 5.1, ATF 146 IV 36 consid. 2.2 ; ATF 143 IV 21 consid. 3.2 ; TF 7B_6/2024 précité consid. 2.4.1 ; TF 7B_273/2023 du 11 avril 2024 consid. 2 ; TF 7B_120/2022 du 5 octobre 2023 consid. 2.4.2.1). Les États se doivent ainsi de respecter réciproquement leur souveraineté (ATF 146 IV 36 consid. 2.2 et les arrêts cités ; TF 7B_6/2024 précité consid. 2.4.1 ; TF 7B_273/2023 du 11 avril 2024 consid. 2 ; Ludwiczak Glassey/Moreillon [éd.], Petit commentaire, Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, 2024, n. 3 ad Partie générale).

Eu égard à ces principes, un État n'est pas habilité à effectuer des mesures d'instruction et de poursuite pénale sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier. Les actes de puissance publique accomplis par un État ou par ses agents sur le territoire d'un autre État sans un tel accord sont inadmissibles et constituent une atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de l'État concerné, ce qui est une violation du droit international public. Une violation du principe de la territorialité peut aussi intervenir lorsque l'État poursuivant se

procure par des moyens jugés objectivement déloyaux des éléments de preuve ou des biens frappés de mesures conservatoires, notamment en violation des règles régissant l'entraide internationale en matière pénale. Il n'est pas nécessaire que l'autorité ait agi sur le sol étranger pour porter atteinte à la souveraineté de l'État étranger ; il suffit que ses actes aient des effets sur le territoire de cet État. A titre d'exemple d'acte officiel devant respecter le principe de territorialité et la souveraineté d'un autre Etat, le Tribunal fédéral cite expressément « *l'obtention des données auprès d'un fournisseur de service Internet domicilié à l'étranger* » (ATF 146 IV 36 consid. 2.2 qui cite, sur la question des données obtenues auprès d'un fournisseur de service Internet à l'étranger, les arrêts ATF 143 IV 270 consid. 4.7 et ATF 143 IV 21 consid. 3.2 ; TF 7B_6/2024 précité consid. 2.4.1 ; TF 7B_273/2023 du 11 avril 2024 consid. 2 ; TF 7B_120/2022 du 5 octobre 2023 consid. 2.4.2.1 ; ATF 137 IV 33 consid. 9.4.3).

Il s'ensuit que l'obtention de données auprès d'un fournisseur de service Internet à l'étranger ne peut être mise en œuvre qu'en vertu du droit international (traité, accord bilatéral, droit international coutumier), ou à défaut, en vertu du consentement préalable de l'Etat concerné dans le respect des règles régissant l'entraide judiciaire (ATF 146 IV 36 consid. 2.2 in fine et les références citées). En tout état de cause, ce sont donc les règles sur l'entraide internationale en matière pénale qui s'appliquent.

2.2.4 On entend par entraide judiciaire en matière pénale au sens strict (ou petite entraide ou entraide accessoire) la coopération judiciaire en matière pénale entre Etats qui ne relève pas de l'extradition (entraide majeure), ni de la délégation de la poursuite à l'étranger, ni de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, mais en substance de la recherche de moyens de preuve, notamment par des ordres de production ou la remise de dossiers ou de documents (Ludwiczak Glassey/Moreillon, op. cit., n. 17 à 19 ad Partie générale, p. 6 et les références citées). La matière est réglée en droit suisse par les art. 63 à 74 EIMP et, au niveau international, par la Convention européenne d'entraide judiciaire en

matière pénale conclue à Strasbourg le 20 avril 1959, entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 (CEEJ ; RS 0.351.1).

Dans le préambule à la CCC, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 pour la Suisse, les Etats membres du Conseil de l'Europe et les autres Etats signataires de cette convention considèrent notamment qu'une lutte bien menée contre la cybercriminalité requiert une coopération internationale en matière pénale accrue, rapide et efficace. Selon l'art. 39 al. 1 CCC, l'objet de la Convention est de compléter les traités ou les accords bilatéraux ou multilatéraux applicables existant entre les Parties, y compris les dispositions de la CEEJ.

La notion de « *fournisseur de services* » utilisée par la CCC désigne « *toute entité publique ou privée qui offre aux utilisateurs de ses services la possibilité de communiquer au moyen d'un service informatique et toute autre entité traitant ou stockant des données informatiques pour ce service de communication ou ses utilisateurs* » (art. 1 let. c CCC). La convention n'en repose pas moins sur le principe de la territorialité, selon lequel un Etat n'est pas habilité à prendre des mesures d'instruction et de poursuite pénale sur le territoire d'un autre Etat (ATF 141 IV 108 consid. 5.3 et les références citées, JdT 2015 IV 207 ss). Pour ce faire, l'Etat demandeur doit agir par le biais de l'entraide internationale (art. 23 ss CCC) et dispose, en vertu de la convention, de divers instruments destinés à en faciliter l'exécution (conservation rapide de données informatiques stockées selon l'art. 29 CCC) voire à la contourner (accès transfrontière à des données stockées, avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public, selon l'art. 32 CCC ; ATF 141 IV 108 consid. 4.3.8 ss, JdT 2015 IV 207 ; TF 1B_142/2016 du 16 novembre 2016 consid. 3.1 et 3.2 ; pour une analyse des moyens offerts par la CCC, cf. : Bottinelli, L'obtention par l'autorité pénale de données informatiques situées à l'étranger, PJA 2016, pp. 1327 ss, spéc. 1330).

Lorsque les conditions (exceptionnelles) de l'art. 32 CCC – qui permet à une partie à la convention d'accéder ou de recevoir au moyen d'un système informatique situé sur son territoire, des données

informatiques stockées situées dans un autre Etat, si la partie obtient le consentement légal et volontaire de la personne légalement autorisée à lui divulguer ces données au moyen d'un système informatique - ne sont pas réalisées, la demande de donnée doit être faite par la voie formelle de l'entraide judiciaire (ATF 141 IV 108 consid. 5.12, JdT 2015 IV 207, spéc. 223 ; Benhamou/Oettli, Traitement des données par les autorités pénales : de l'accès aux données à la procédure de tri, RPS 139/2021 pp. 209-233, spéc. 216).

La CCC a été ratifiée par tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception de l'Irlande (cf. Champ d'application de la CCC à cette date, RO 2024 p. 366; cf. aussi : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/treaty/2010/0537/fr>).

2.3 En l'espèce, il n'est pas contesté ni contestable que, par sa correspondance du 23 février 2021, la Police de sûreté, en accord avec le Ministère public, a déposé une demande auprès de Facebook Ireland Ltd, soit auprès d'un fournisseur domicilié à l'étranger mais offrant des prestations en Suisse, tendant à obtenir des données relatives à un abonné, notamment le numéro de téléphone de cet abonné et l'adresse IP associée au compte de celui-ci.

Au vu des principes exposés plus haut, il faut admettre que, ce faisant, la police a effectué un acte officiel à l'étranger, aux fins d'obtenir la transmission d'un moyen de preuve relatif à des données en mains d'un fournisseur sis à l'étranger, ce qui n'était possible que si le droit international le lui permettait, ou si l'Irlande avait donné son consentement préalable dans le respect des règles régissant l'entraide judiciaire (cf. supra consid. 2.2.2). Or, l'Irlande n'ayant pas ratifié la CCC, son art. 32 ne pouvait servir de base juridique à la transmission volontaire. C'est donc à tort que la correspondance du 23 février 2021 indiquait ce fondement légal, du reste d'une manière sibylline, puisqu'elle mentionnait que la Suisse et les Etats-Unis avaient ratifié cette convention, sans dire que l'Irlande ne l'avait pas fait. En outre, il n'est pas établi ni même rendu vraisemblable que l'Irlande a donné son consentement préalable à ce

mode de procéder, dans le respect des règles de l'entraide judiciaire. Dans ces circonstances, les conditions posées par le Tribunal fédéral pour que cet acte officiel effectué à l'étranger puisse être valable ne sont pas remplies.

Il ressort de ce qui a été exposé précédemment (cf. supra consid. consid. 2.2.2) qu'aucune norme de droit interne suisse ne pouvait autoriser la Suisse à procéder à cet acte officiel à l'étranger. C'est donc à tort que la correspondance de la police du 23 février 2021 se référait à l'art. 265 CPP. Quant à la référence aux ATF 143 IV 207, ATF 143 IV 21 et ATF 141 IV 108 précités, contenue également dans cette correspondance, elle se comprend d'autant moins que ces jurisprudences ne justifient précisément pas une telle démarche, mais préconisent au contraire de procéder par la voie de l'entraide.

3.

3.1 Aux termes de l'art. 5 al. 3 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme au principe de la bonne foi. Celui-ci est également concrétisé à l'art. 3 al. 2 let. a CPP et concerne, en procédure pénale, non seulement les autorités pénales mais, le cas échéant, les différentes parties, y compris le prévenu (ATF 147 IV 274 consid. 1.10.1 ; ATF 144 IV 189 consid. 5.1 ; ATF 143 IV 117 consid. 3.2).

Conformément aux exigences déduites par la jurisprudence du principe de la bonne foi en procédure, la partie qui s'aperçoit qu'une règle de procédure est violée à son détriment ne saurait laisser la procédure suivre son cours sans réagir, dans le but, par exemple, de se réserver un moyen de nullité pour le cas où le jugement à intervenir ne la satisferait pas. Les manœuvres dilatoires de cette sorte sont inadmissibles. Ainsi, la partie qui renonce sciemment à faire valoir la violation d'une règle de procédure devant un juge qui serait en mesure d'en réparer les conséquences est en principe déchu du droit de se prévaloir de cette violation devant le Tribunal fédéral (ATF 138 I 97 consid. 4.1.5 ; ATF 117 Ia 491 consid. 2a ; TF 7B_939/2023 du 12 février 2024 consid. 2.2 ; TF

7B_166/2023 du 29 septembre 2023 consid. 2.3.1 ; TF 6F_4/2020 du 27 avril 2020 consid. 4.2 ; TF 6B_71/2016 du 5 avril 2017 consid. 2.1.3).

Dans l'arrêt précité rendu le 29 septembre 2023, portant sur la contestation d'un refus de retranchement de pièces, le Tribunal fédéral avait reproché aux prévenus, qui étaient assistés d'avocats depuis le début de l'enquête, d'avoir attendu l'avis de prochaine clôture datant de juin 2022 pour requérir le retranchement de procès-verbaux datant de 2018. Il a considéré qu'il était contraire au principe de la bonne foi pour les prévenus de laisser la procédure se poursuivre durant des années, à savoir jusqu'à l'issue de l'instruction et leur renvoi devant l'autorité de jugement, avant d'invoquer la violation de leurs droits. Il a conclu que des manœuvres dilatoires de la sorte étaient inadmissibles et n'appelaient aucune protection.

3.2 En l'espèce, le recourant s'est prévalu de l'illicéité de l'administration des pièces en cause, et a requis leur retranchement dans le délai de prochaine clôture, le 24 avril 2023, alors qu'une instruction est ouverte contre lui depuis le 22 septembre 2021. Contrairement à ce qui était le cas dans l'arrêt du Tribunal fédéral 7B_166/2023 précité, le recourant ne disposait pas d'un défenseur depuis le début de la procédure. Le dossier ne contient pas d'élément permettant de déduire que celui-ci - qui était étudiant à l'EPFL lors de ses auditions en 2021 - s'est aperçu de la violation des règles sur l'entraide ou pouvait s'en apercevoir au vu de ses connaissances. Ce point de fait, et de manière générale la question de la compatibilité de la demande retranchement des pièces avec le principe de la bonne foi, peuvent cependant rester indécis dans la mesure où le recours doit dans tous les cas être rejeté pour les raisons exposées au considérant 4 ci-dessous.

4.

4.1 Le recourant invoque que c'est à tort que le Ministère public s'est fondé, à titre subsidiaire, sur l'art. 141 al. 2 CPP, et que celui-ci a soutenu que, même si la preuve était illicite, elle serait exploitable car elle permettait d'élucider une infraction grave. Il fait valoir que dans la

jurisprudence que le Ministère public a citée à l'appui de sa thèse, soit l'arrêt TF 6B_1439/2021, l'illicéité provenait de l'irrespect de l'art. 28 CC et de la loi fédérale sur la protection des données, soit du droit national suisse, et non des règles relatives à l'entraide internationale. A cet égard, il déclare se « *référer intégralement à la partie en droit développée dans le présent recours* ».

4.2 Selon l'art. 141 al. 2 CPP, les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (cf. supra consid. 2.2.1).

La disposition suppose une pesée des intérêts en présence ; ainsi, plus les infractions à juger sont graves, plus l'intérêt public à ce que la vérité soit élucidée l'emporte sur l'intérêt privé de l'intéressé à ce que la preuve en cause ne soit pas exploitée (ATF 147 IV 16 consid. 1.1 ; ATF 147 IV 9 consid. 1.3.1, JdT 2021 IV 256 ; ATF 146 IV 226 consid. 2 ; ATF 146 I 11 consid. 4.1 et 4.2 ; TF 7B_102/2024 du 11 mars 2024 consid. 2.6.1 ; TF 6B_224/2023 du 26 octobre 2023 consid. 3.4.1 et les références).

Le législateur a renoncé à définir les infractions graves au sens de l'art. 141 al. 2 CPP. Dans un arrêt de principe récent, le Tribunal fédéral a exposé que le tribunal devait tenir compte de toutes les circonstances concrètes. Est ainsi décisif non la peine-menace, mais la gravité de l'acte concret. Celui-ci peut ainsi être fondé sur des critères tels que le bien juridique protégé, l'ampleur de sa mise en danger, respectivement de sa violation, la manière de procéder et l'énergie criminelle de l'auteur, comme son mobile (ATF 149 IV 352 consid. 1.3.3 ; ATF 147 IV 16 consid. 7.2 ; ATF 147 IV 9 consid. 1.4.2, précisant la portée de l'ATF 146 IV 226 consid. 4 ; ATF 142 IV 289 consid. 2.3 ; ATF 141 IV 459 consid. 4.1 chacun avec réf. ; cf. aussi, en dernier lieu : TF 7B_102/2024 précité consid 2.6.1 ; TF 6B_224/2023 précité consid. 3.4.1 et les références).

Il reste enfin la condition du caractère indispensable de l'exploitation de la preuve. Une preuve est indispensable lorsqu'une condamnation ne serait pas possible sans elle (Bénédict, in Jeanneret et al. [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd. 2019, n. 26a ad art. 141 CPP et les références citées). Roth/Moreillon ont une autre interprétation : ils soutiennent qu'à la rigueur du texte, on pourrait admettre que devraient être écartés de la procédure les actes qui peuvent être répétés sans difficulté et les documents qui sont aisément disponibles, fût-ce moyennant quelques démarches complémentaires car ils ne seraient pas *stricto sensu* indispensables (op. cit., p. 175).

4.3 En l'espèce, l'argumentation du recourant, au sujet du fait que la pesée des intérêts faite par le Ministère public en application de l'art. 141 al. 2 CPP et de la jurisprudence y relative ne pourrait pas avoir lieu si l'illicéité de la preuve ne résidait pas dans la violation d'une norme de droit suisse, n'est pas étayée juridiquement, si ce n'est par la référence à un arrêt qui ne concerne pas une telle illicéité ; or, on ne saurait rien déduire d'un tel arrêt, et en particulier pas le fait que la loi suisse ne pourrait pas s'appliquer à l'appréciation de l'exploitabilité d'un élément de preuve entaché d'illicéité. Quant à la référence à la partie droit de son acte de recours, elle n'est pas suffisante à cet égard, car cette partie ne traite pas spécifiquement du moyen soulevé. En réalité, le recourant se contente d'affirmer que l'art. 141 al. 2 CPP ne pourrait pas s'appliquer à la présente cause, mais ne fournit pas le début d'une démonstration à cet égard, notamment par la citation d'une norme (de droit suisse, notamment en relation avec les engagements internationaux de la Suisse, en particulier la CEDH [Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101], ou de droit étranger) qui serait violée. Dans ces conditions, cette argumentation est irrecevable (cf. art. 385 al. 1 CPP ; TF 7B_51/2024 du 25 avril 2024 consid. 2.2.2 et les références citées) .

Au demeurant, l'argument, s'il était recevable, devrait être rejeté. En effet, en tant qu'exercice de sa « *compétence de juridiction* » (*jurisdiction to adjudicate*) de l'État souverain, la décision d'une autorité

judiciaire suisse relative à la validité et à la possibilité d'exploiter un élément de preuve est régie par le droit national du pays dans lequel se déroule la procédure pénale (Roth/Moreillon, Portée et exploitabilité dans une procédure pénale suisse d'éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une procédure pénale étrangère dans des conditions illégales, Lex loci ou lex fori, RPS 139/2021, pp. 159-182, spéc. 167 ss ; Riedi, Auslandsbeweise und ihre Verwertung im schweizerischen Strafverfahren, Zurich 2018, pp. 109 s.).

Pour le surplus, le recourant ne conteste pas que les conditions de l'art. 141 al. 2 CPP, permettant l'exploitation d'une preuve illégale, soient remplies. Il soutient, là aussi sans l'étayer à satisfaction de droit, que ce serait l'art. 141 al. 1 CPP qui s'appliquerait « *dans la mesure où il s'agit en l'espèce d'un cas d'entraide dont la procédure n'a pas été respectée* », mais il n'explique pas pour quels motifs juridiques la preuve initiale obtenue de Facebook Ireland Ltd entrerait dans le champ d'application des preuves absolument inexploitable au sens de l'art. 140 CPP. Dans ces conditions, cette argumentation est également irrecevable (cf. art. 385 al. 1 CPP ; TF 7B_51/2024 précité consid. 2.2.2 et les références citées).

Avec le Ministère public, il y a lieu de considérer à ce stade que les conditions prévues par l'art. 141 al. 2 CPP pour admettre exceptionnellement l'admissibilité d'une preuve en violation des normes visées par cette disposition sont remplies.

C'est le lieu de rappeler que le recourant est mis en cause pour avoir commis des dizaines d'actes de pornographie au sens de l'art. 197 al. 1, 2 et 5 CP, dont une grande partie lésant des personnes mineures. Au vu de la multiplicité des cas, de l'énergie criminelle dont ce nombre témoigne, du mobile de l'intéressé tenant à la satisfaction de ses pulsions sexuelles, de la nature des biens juridiques protégés touchés (à savoir l'intégrité sexuelle de plusieurs dizaines de personnes, dont des mineures), et du très grand nombre de victimes, les agissements en cause atteignent le niveau de gravité requis pour justifier l'exploitation du moyen

de preuve obtenu de Facebook Ireland Ltd. Il existe donc un intérêt public à ce que les faits en cause soient élucidés, et cet intérêt l'emporte manifestement sur le fait que la preuve originelle, transmise par Facebook Ireland Ltd, ne soit pas exploitable. Si l'on suit l'interprétation de Bénédict, la réponse de Facebook était indispensable, puisqu'elle a permis d'identifier le recourant comme étant l'auteur des envois faits sur Instagram, au moyen de son numéro de téléphone et de son adresse IP. Si l'on suit l'interprétation de Roth/Moreillon, il faudrait se demander si cette réponse ne pourrait pas être obtenue par le Ministère public moyennant quelques démarches complémentaires ; on pourrait songer ici au dépôt d'une demande en bonne et due forme, par la voie de l'entraide internationale. Vraisemblablement, une telle demande pourrait aboutir à la fourniture, par Facebook Ireland Ltd, des mêmes renseignements que cette société a fournis en 2021. Toutefois, si dans ce cas la preuve originale paraît pouvoir être répétée et le vice être ainsi guéri, le problème se pose pour les preuves dérivées, qui ont été obtenues par la suite par la police et le Ministère public. En effet, on ignore si les données recueillies figurant en P. 4/7 sont encore disponibles ou si elles ont pu disparaître. Il est ainsi difficile d'estimer si les preuves dérivées pourraient toutes être à nouveau obtenues si la preuve originale était écartée en application de l'art. 141 al. 2 CPP. Il y a ainsi lieu d'admettre à ce stade que la preuve originelle est indispensable.

Il s'ensuit que la réponse donnée par Facebook Ireland Ltd, figurant - sur deux pages - en annexe de la demande du 23 février 2021, est exploitable. Ce constat entraîne l'admissibilité de toutes les preuves dérivées dont le recourant requiert le retranchement (cf. Bénédict, op. cit., n. 40a ad art. 141 CPP).

5. Au vu de ce qui précède, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté sans échange d'écritures et l'ordonnance entreprise confirmée.

Les frais de procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 2'090 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de

procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'ordonnance du 10 mai 2024 est confirmée.
- III.** Les frais d'arrêt, par 2'090 fr. (deux mille nonante francs), sont mis à la charge de Q._____.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Daniel Trajilovic, avocat (pour Q._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Procureure de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Mme F._____,
- Mme B._____,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :