

ATF 143 IV 387 | TF, 16.08.2017, 1B\_75/2017\*

*L'observation privée d'une personne constitue une preuve illicite, faute de base légale suffisante en procédure pénale. Ce moyen de preuve n'est toutefois pas manifestement inexploitable.*

### Faits

Suite à un accident de la route, un assuré est déclaré en incapacité de gain par une expertise psychiatrique.

L'assurance responsabilité civile de l'assuré mandate un détective privé afin de l'observer, dans des espaces publics, à cinq reprises entre 2006 et 2013.

L'assurance dépose une plainte pénale contre l'assuré et produit l'expertise privée résultant des observations. Dans le cadre de l'instruction, le Ministère public de Soleure perquisitionne divers documents et enregistrements au domicile du prévenu.

Le prévenu demande la mise sous scellés de ces documents, mais le Tribunal des mesures de contrainte (TMC) accepte la levée des scellés requise par le Ministère public. Le TMC considère que la jurisprudence récente sur les preuves illicites récoltées à l'aide d'observations en matière d'assurances sociales (cf. notamment 9C\_806/2016\*, résumé in LawInside.ch/498) ne s'applique pas en procédure pénale. De plus, en droit pénal, la partie plaignante a en principe le droit de se procurer ses propres moyens de preuve et de les déposer auprès de l'autorité compétente.

Le prévenu forme un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral, lequel doit notamment déterminer si les observations privées sont illicites et, le cas échéant, si elles sont exploitables au stade de la procédure de levée des scellés.

### Droit

A titre liminaire, le Tribunal fédéral souligne que la décision définitive sur l'exploitabilité d'une preuve revient à la direction de la procédure, respectivement au juge du fond, même s'il y a une procédure préalable concernant la levée des scellés.

En droit suisse, il n'existe pas encore de base légale pour les observations privées, notamment par un détective privé, à l'encontre des fraudeurs à l'assurance. Le Tribunal fédéral rappelle tout de même la teneur de l'arrêt de la CourEDH Vukota-Bojić c. Suisse, n° 61838/10 (résumé in : [LawInside.ch/338](http://LawInside.ch/338)) en matière d'observations mandatées par des assurances sociales.

En procédure pénale plus spécifiquement, les moyens de preuve sont en principe recueillis par l'autorité pénale compétente (art. 139 al. 1 CPP). Bien que la partie plaignante puisse déposer ses propres moyens de preuve, les mesures de contrainte ne peuvent, en principe, être exécutées que par le ministère public, le tribunal ou, dans les cas prévus par la loi, par la police. Les seuls cas dans lesquels les privés peuvent exceptionnellement appliquer une mesure de contrainte sont réglés expressément par le CPP (p. ex. art. 218 CPP et art. 263 al. 3 CPP). Les bases légales relatives à l'observation au sens de l'art. 282 CPP, laquelle constitue une mesure de contrainte, ne prévoient pas de telle exception. Or, une observation systématique par un détective privé revient au même résultat qu'une observation par l'autorité pénale compétente, c'est-à-dire à une atteinte à la sphère privée de la personne observée. Dès lors, selon le Tribunal fédéral, puisque la loi ne prévoit pas d'observation privée, une telle atteinte viole les droits fondamentaux et le CPP. Elle est donc illicite.

Toutefois, même si la preuve a été recueillie de manière illicite, elle n'est pas pour autant inexploitable. Comme la CourEDH l'a rappelé dans son arrêt Vukota-Bojić c. Suisse, n° 61838/10 (résumé in : [LawInside.ch/338](http://LawInside.ch/338)), la question de l'exploitabilité d'une preuve illicite s'analyse au regard du droit interne, tant que le droit au procès équitable (art. 6 ch. 1 CEDH) est respecté.

Dans la procédure de levée des scellés, le TMC doit rejeter la demande de levée des scellés uniquement si l'inexploitabilité d'une preuve est manifeste. En effet, la décision finale au sujet de l'exploitabilité de preuves revient au juge du fond.

L'art. 141 al. 2 CPP prévoit que 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 ne soit indispensable pour élucider des infractions graves.

En l'espèce, la procédure est au stade de la procédure préliminaire. Le Ministère public enquête sur un crime qui concerne un cas grave d'escroquerie à l'assurance avec des sommes d'argent délictuelles élevées. De plus, les observations privées ont eu lieu dans des lieux publics. Dès lors, le prévenu n'a pas subi d'atteinte grave à sa personnalité. Enfin, les conditions pour une observation par l'autorité pénale auraient été remplies. Dès lors, bien qu'il ne soit pas manifestement exclu que les observations privées puissent être considérées comme inexploitable, le Tribunal fédéral considère que cet examen revient au juge du fond et rejette le recours sur ce point.

#### Note

Cet arrêt peut surprendre non pas en ce qui concerne la question de l'exploitabilité de la preuve, puisque le Tribunal fédéral semble procéder à un simple examen *prima facie*, mais en ce qui concerne le caractère illicite de la preuve.

Il convient de rappeler que ni la question de l'illicéité, ni celle de l'exploitabilité d'une preuve recueillie par un privé n'est réglée par le CPP. Toutefois, l'avant-projet du CPP (AP-CPP) prévoyait, à son art. 150, que « [l]es preuves qui ont été obtenues de manière punissable par des particuliers ne peuvent être exploitées dans une procédure pénale que si l'intérêt public ou privé à la recherche de la vérité l'emporte sur les intérêts protégés par les dispositions pénales enfreintes ». Cette disposition n'a pas été reprise dans la version finale du CPP.

En l'espèce, le Tribunal fédéral semble aller plus loin que l'art. 150 AP-CPP en considérant que tout acte provenant d'un privé qui correspond et a les mêmes effets qu'une mesure de contrainte doit être considéré comme illicite, à moins que le CPP ne prévoie expressément le droit au privé d'intervenir (p. ex. [art. 218 CPP](#) et [art. 263 al. 3 CPP](#)).

Ainsi, selon la première Cour de droit public du Tribunal fédéral, l'observation menée par un détective privé dans le respect du droit pénal, voire même du droit privé ([art. 28 CC](#)), constitue une preuve illicite en procédure pénale.

A noter que, dans un arrêt du 17 juillet 2017, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral

semble retenir une solution opposée, au motif que l'assurance privée, qui observe un assuré, n'est pas soumise au respect des droits fondamentaux de ce dernier. Dès lors, selon la Cour de droit pénal, l'argument selon lequel il n'existe pas de base légale pour une observation privée est dénué de pertinence (TF, 17.07.2017, 6B\_1241/2016, consid. 1.2.1.).

Dans ce même arrêt, la Cour de droit pénal rappelle le principe selon lequel les preuves obtenues illicitement par des personnes privées ne sont exploitables que si, cumulativement, elles auraient pu être recueillies par les autorités pénales et qu'une pesée des intérêts justifie leur exploitation. Dans le cas d'espèce, la Cour de droit pénal admet d'ailleurs, sans un long développement, l'exploitabilité de vidéos prises par une assurance privée à l'encontre d'un assuré, à supposer qu'elles aient été recueillies illicitement (TF, 17.07.2017, 6B\_1241/2016, consid. 1.2.2.).

Cependant, dans l'arrêt résumé ici, le Tribunal fédéral semble directement appliquer l'art. 141 CPP à la question de l'exploitabilité de la preuve recueillie par un privé. Il mentionne d'ailleurs expressément que les écoutes téléphoniques privées, l'installation de mesures de surveillance par des privés ainsi que des investigations secrètes par des détectives privés tombent sous le coup de l'art. 141 al. 1 CPP et sont ainsi absolument inexploitables. Partant, on pourrait en conclure que la question de l'exploitabilité de la preuve recueillie par un privé est réglée par l'art. 141 CPP appliqué par analogie.

Pour une analyse plus complète de cet arrêt, cf. Célian Hirsch, Les observations illicites sont-elles exploitables ?, in : Jusletter 19 février 2018.

Proposition de citation : CÉLIAN HIRSCH, L'illicéité et l'exploitabilité d'une observation privée en procédure pénale, in: <https://lawinside.ch/504/>