

Par Sylvain Métille*, Dr en droit et avocat, University of California (Berkeley),
sylvain.metille@romandie.com

Le secret professionnel à l'épreuve des mesures de surveillance prévues par le CPP

Zusammenfassung Die Schweizerische Strafprozessordnung (StrPO) definiert den Schutz des Berufsgeheimnisses als ein Zeugnisverweigerungsrecht. Die Reichweite dieses Schutzes hängt von der Berufszugehörigkeit eines Geheimnisträgers ab. Das Berufsgeheimnis spielt jedoch auch in anderen Fällen eine Rolle, wie zum Beispiel bei Durchsuchungen und Beschlagnahme oder Überwachungsmaßnahmen. Im Speziellen bei Überwachungsmaßnahmen genießt jeder Beruf aus Art. 170–173 StrPO den gleichen Schutz. Es ist zwar die Überwachung eines angeklagten Geheimnisträgers erlaubt, jedoch muss bei einer gerichtlichen Triage vermieden werden, dass Informationen, die unter das Berufsgeheimnis fallen, den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt werden. Diese Informationen können nur gegen den angeklagten Geheimnisträger verwendet werden, aber nie gegen den Geheimnisherrn. Dies gilt selbst dann, wenn der Geheimnisherr selbst angeklagt ist.

I. Introduction

Le Code de procédure pénale fédéral entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 définit la notion de secret professionnel principalement sous l'angle du droit de refuser de témoigner (partie II). Des degrés de protection différents sont accordés en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle appartient le détenteur du secret (partie III). Le secret professionnel doit également être respecté dans le cadre d'autres actes d'investigation, en particulier lorsque des mesures techniques de surveillance sont prononcées (partie IV). Le CPP offre alors la même protection à tous les détenteurs de secret.

II. Le secret professionnel

1. La notion de secret professionnel

Par secrets, il faut entendre des faits connus d'un cercle restreint de personnes et qu'un intérêt légitime commande de

garder secret¹. C'est la notion de secret au sens matériel qui est retenue, soit des faits véritablement confidentiels, par opposition au secret dit formel (soit lorsque la loi le déclare comme tel indépendamment de savoir si les faits en questions sont effectivement confidentiels).

Le secret s'étend aux faits qui ont été confiés oralement ou par écrit en vertu de leur profession ou dont les personnes soumises au secret ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, mais pas ce qu'ils ont appris à titre privé ou dans le cadre d'une fonction annexe². Le secret de fonction s'étend à toutes les informations acquises en raison de la fonction officielle et qui doivent rester confidentielles en raison d'un intérêt public ou privé digne de protection. L'information peut avoir été confiée à cause de cette fonction ou avoir été acquise volontairement ou non dans le cadre cette activité³.

Le secret professionnel au sens large regroupe le secret professionnel au sens étroit (2.a), le secret de fonction (2.b), la protection des sources des médias (2.c) et le devoir de discrétion imposé par la loi à certaines professions (2.d).

La personne tenue ou soumise au secret professionnel est celle qui acquiert l'information. Elle est généralement appelée confident ou détenteur (en allemand Geheimnisträger). Celui qui confie l'information, le plus souvent le client, est appelé titulaire ou parfois maître du secret (en allemand Geheimnisherr).

2. Les détenteurs du secret professionnel

A. Le secret professionnel au sens étroit

Le secret professionnel au sens étroit est celui auquel on pense en premier lieu et qui protège des activités pour lesquelles le respect de la confidentialité constitue un aspect essentiel. Celui qui consulte un médecin ou un avocat doit pouvoir avoir pleine confiance en la discrétion de celui-ci. L'article 321 du

* L'auteur tient à remercier Jean Perrenoud, documentaliste à l'Université de Neuchâtel pour son aide précieuse. L'auteur reste toutefois seul responsable d'une éventuelle erreur ou imprécision.

1 Sur la notion de secret: Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 754-760; Jendly, La coexistence des secrets, pp 14-40 et les réf. cit; Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 171 StPO, p. 1178; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, p. 783 et les réf. cit. Sur les raisons de protéger le secret, notamment dans le cadre de la procédure pénale: Goldschmid, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, pp 135-150; Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 196-198.

2 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 750-754; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 786-787 et les réf. cit.

3 Jendly, La coexistence des secrets, pp 133-134.

Code pénal (CP) prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire en cas de violation du secret professionnel. Le Code de procédure pénale (CPP) prévoit un droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel pour les ecclésiastiques, les avocats, les défenseurs, les notaires, les conseils en brevet, les médecins, les dentistes, les pharmaciens et les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires (art. 171 CPP)⁴.

B. Le secret de fonction

La notion de secret de fonction correspond à celle des articles 320 CP et 170 CPP et concerne les fonctionnaires et les membres des autorités. L'article 320 CP prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire en cas de violation du secret, alors que l'article 170 CPP permet aux fonctionnaires et membres des autorités de refuser de témoigner.

Sont soumis au secret de fonction toutes les personnes faisant partie d'un pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire (communal, cantonal ou fédéral), ainsi que les fonctionnaires et employés d'une administration publique et de la justice, y compris les personnes qui exercent une telle fonction à titre provisoire ou temporaire⁵.

C. Le secret de rédaction

Alors que la Constitution fédérale garantit le secret de rédaction (art. 17 al. 3), le Code pénal et le Code de procédure pénale prévoient une exemption de peine et de mesures de coercition en cas de refus de témoigner (art. 28a al. 1 CP et 172 al. CPP). La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie⁶.

Peuvent se prévaloir du secret de rédaction les journalistes, les participants à la diffusion de l'information et les auxiliaires, ou pour reprendre les termes de la loi les personnes qui participent à titre professionnel à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère

périodique ainsi que leurs auxiliaires. Pour être considéré comme un journaliste professionnel, il n'est pas nécessaire de posséder une accréditation, d'être membre d'une association professionnelle ou d'être rémunéré. Est en revanche déterminant le fait que l'activité ait une certaine continuité ainsi qu'une certaine intensité quantitative et qualitative⁷.

Les informations protégées par le secret de rédaction sont évidemment celles relatives à la source, mais également toutes celles liés à l'activité rédactionnelle: auteur d'une contribution anonyme, nom de l'informateur, matériel récolté par le journaliste, documents et renseignements fournis par des tiers, etc⁸.

D. Le devoir de discrétion

Diverses lois prévoient que certaines catégories professionnelles sont tenues au secret professionnel, ce que le CPP appelle alors devoir de discrétion (art. 173 CPP). Il s'agit des chercheurs dans les domaines de la médecine ou de la santé publique⁹, des personnes officiant dans les centres de consultation en matière de grossesse¹⁰, dans les centres de consultation pour les victimes d'infractions¹¹, du personnel des institutions privées de traitement ou d'assistance agréées en matière de toxicomanie¹², des détenteurs de secret de fabrication ou de secret commercial¹³, des détenteurs de secret d'affaires au sens de la Loi sur les placements collectifs¹⁴, des détenteurs de secret professionnel au sens la Loi sur les bourses¹⁵ et la Loi sur les banques¹⁶, des réviseurs¹⁷, des personnes astreintes au secret des postes et des télécommunications¹⁸, des personnes soumises au devoir de discrétion en matière de protection des données¹⁹, etc.

III. La dispense de témoigner en raison du secret professionnel

1. Une protection absolue

La Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) à laquelle renvoie l'article 171 alinéa 4 CPP prévoit une protection absolue du secret professionnel pour l'avocat et ses auxiliaires. L'article 13 LLCA rappelle ainsi que le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés²⁰. Il est libre de les divulguer ou non: ni le client, ni l'autorité de surveillance ne peuvent le contraindre

4 Pour plus de détails sur les personnes concernées: Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 788-790. Les réviseurs (contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations) tombent sous le coup de la violation du secret de fonction au sens de l'art. 321 CP, mais ne bénéficient pas d'une dispense absolue du droit de témoigner. Ils sont tenus de déposer à moins qu'ils ne rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 173 al. 2 CPP): Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 787 et 805.

5 Pour plus de détails et une liste d'exemples: Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 170 StPO, pp 1173-1174; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 781-783 et les réf. cit.

6 Arrêt de la Cour EDH Goodwin c. Royaume-Uni, du 27 mars 1996, § 39, Recueil 1996-II. Voir également Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1184-1189.

7 Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1189-1198.

8 Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 797-799; Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1199-1201.

9 Art. 321^{bis} CP.

10 Art. 2 Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse.

11 Art. 11 LAVI.

12 Art. 15 al. 2 LStup.

13 Art. 162 CP.

14 Art 148 al.1 lit. k LPPC.

15 Art. 43 LBVM.

16 Art. 47 LBVM.

17 Art. 321 CP.

18 Art. 321^{ter} CP.

19 Art. 35 LPD.

20 Sur la levée du secret professionnel de l'avocat: Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 777-791.

à témoigner²¹. Le prévenu doit pouvoir s'entretenir librement et se confier complètement à son défenseur, sans prendre le risque que ses révélations soient évoquées par son défenseur alors qu'il n'a pas personnellement d'obligation de le faire. Cela correspond au droit du prévenu de ne pas s'auto-incriminer²².

L'avocat-conseil et le défenseur en justice²³ ne sont pas soumis à la LLCA. Ils ne peuvent alors pas se prévaloir de l'article 13 LLCA et ont donc l'obligation de déposer lorsqu'ils sont déliés du secret professionnel²⁴.

2. Une protection relative en raison de la levée du secret

La principale exception à la dispense de témoigner concerne le cas où le confident est délié du secret. Il peut l'être par le maître du secret lui-même ou par une autorisation écrite de l'autorité compétente (à savoir l'autorité hiérarchique pour les fonctionnaires et l'autorité de surveillance pour les autres professions).

L'autorité supérieure à l'obligation de délier les détenteurs du secret de fonction lorsque l'intérêt à la manifestation de la vérité prime l'intérêt de l'autorité ou de particuliers au maintien du secret²⁵. L'autorité de surveillance doit également procéder à une pesée d'intérêts²⁶.

Les détenteurs de secret de fonction qui ont été déliés du secret ont l'obligation de témoigner²⁷. Il en va de même pour les détenteurs de secrets professionnels²⁸, qui ont toutefois encore la possibilité de demander à l'autorité pénale de les exempter de leur obligation de témoigner lorsque la révélation risque de causer un tort injustifié à autrui²⁹.

Quant aux personnes soumises au secret professionnel et à un devoir de dénonciation, elles voient le second primer sur le premier. Ainsi le médecin qui constate un décès survenu dans des circonstances inhabituelles devra informer les autorités pénales compétentes³⁰.

3. Une protection relative en raison de la pesée des intérêts

Les personnes soumises par d'autres lois à un devoir de discrétion et énumérées à l'article 173 alinéa 1 CPP (les chercheurs dans les domaines de la médecine ou de la santé publique, les personnes officiant dans les centres de consultation en matière de grossesse ou dans les centres de consultation pour les victimes d'infractions et le personnel des institutions privées de traitement ou d'assistance agréées en matière de toxicomanie) ont le droit de refuser de témoigner à moins que l'intérêt à la manifestation de la vérité ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. Le fardeau de la preuve appartient à la direction de la procédure qui doit effectuer une pesée d'intérêts.

4. Une protection limitée

Le secret de rédaction souffre également des exceptions, dans deux hypothèses mentionnées à l'article 172 CPP. La première exception concerne les cas où le témoignage du détenteur du secret est nécessaire pour porter secours à une personne dont l'intégrité physique ou la vie est directement menacée. La menace doit être en cours ou imminente³¹.

La seconde exception prévoit que le secret de rédaction ne dispense pas de témoigner lorsque deux conditions sont cumulativement remplies: premièrement, l'infraction poursuivie figure dans la liste exhaustive de l'article 172 alinéa 2 littéra b CPP et deuxièmement, la déposition apparaît comme l'unique solution pour élucider une infraction ou appréhender un prévenu pour lequel il y a des soupçons sérieux³². Le secret de rédaction est ainsi considéré comme étant suffisamment protégé puisque le journaliste sait à l'avance dans quelles situations il pourra garantir à ses sources un anonymat.

5. Une protection exceptionnelle

La dernière catégorie (art. 173 al. 2 CPP) offre la protection la plus faible aux détenteurs d'autres secrets puisque la règle veut qu'ils soient obligés de témoigner. La direction de la procédure peut néanmoins faire une exception et les libérer de l'obligation de témoigner s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

Cela concerne les détenteurs de secrets prévus par la loi mais qui ne figurent pas dans la liste des devoirs de discrétion de l'article 173 alinéa 1 CPP, soit les détenteurs de secret de fabrication ou de secret commercial, les détenteurs de secret d'affaires au sens de la Loi sur les placements collectifs, les détenteurs de secret professionnel au sens de la Loi sur les bourses et

21 ATF 136 III 296, Ordre des avocats vaudois, du 31 mars 2010, consid. 3.3. Voir également Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 745, 761 et 767.

22 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 744-745.

23 En matière pénale, la représentation du plaignant n'est pas soumise au monopole des avocats.

24 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 741-742 et 746-747.

25 Art. 170 al. 2 et 3 CPP.

26 Art. 171 al 2 lit. b CPP et 321 ch. 2 CP.

27 Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 170 StPO, pp 1174-1175.

28 A l'exception des avocats (art. 171 al. 4 CPP et 13 LLCA).

29 Art. 171 al. 3 CPP et Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 171 StPO, pp 1180-1181.

30 Art. 171 al. 2 lit. a CPP et Vest/Harber, Basler Kommentar zu art. 171 StPO, p. 1180; Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, p. 791. Un tel devoir de dénonciation est généralement réglé par la législation cantonale sur la santé ou les professions médicales.

31 L'art. 28a CP précise que l'atteinte doit être imminente. Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, p. 1202.

32 ATF 132 I 181, X., du 11 mai 2006, consid. 4. Voir également Werly, CR-CPP ad art. 170-173 CPP, pp 800-802; Zeller, Basler Kommentar zu art. 172 StPO, pp 1202-1206.

la Loi sur les banques, les réviseurs³³, les personnes astreintes au secret des postes et des télécommunications, les personnes soumises au devoir de discrétion en matière de protection des données, etc.

IV. La protection du secret professionnel en cas de surveillance

1. Les mesures techniques de surveillance

Les mesures techniques de surveillance prévues par le CPP doivent permettre de rechercher l'auteur d'une infraction ou des preuves liées à l'infraction dans le cadre d'une enquête pénale sans avoir besoin de la collaboration de la personne surveillée, voire le plus souvent à son insu. La possibilité d'obtenir ainsi des informations qu'elle ne transmettrait pas volontairement est un avantage certain pour l'enquête pénale mais constitue également une atteinte marquée à la sphère privée de l'individu.

Dans le chapitre 8 du titre 5 intitulé « mesures de surveillance secrètes »³⁴, le CPP prévoit la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ainsi que la récolte des données secondaires (données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers), la surveillance des relations bancaires, l'observation, l'emploi d'autres dispositifs techniques de surveillance (micros, caméras, balises GPS) et l'investigation secrète.

La protection de la sphère privée découlant notamment des articles 13 Constitution fédérale et 8 Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) impose des limites à la surveillance et le CPP prévoit différents mécanismes particuliers dans ce but. La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, l'emploi d'autres dispositifs techniques de surveillance ou l'investigation secrète sont ainsi ordonnés par le ministère public puis autorisés par le tribunal des mesures de contrainte, qui est une autorité judiciaire indépendante³⁵. Une procédure similaire s'applique à la surveillance des relations bancaires³⁶, alors que la police peut décider seule de mener une observation dont la durée n'excède pas un mois³⁷.

La surveillance n'est admise que dans le cas de la poursuite d'infractions d'une certaine gravité³⁸. Elle revêt un caractère subsidiaire (les autres mesures d'investigation sont restées sans succès ou n'auraient aucune chance d'aboutir³⁹) et doit être proportionnée (limitation du champ et de la durée de la surveillance à ce qui est nécessaire, etc.). La personne visée doit être informée à l'issue de la surveillance⁴⁰. Cette communication permet également à la personne surveillée de saisir l'autorité de recours pour faire contrôler la légalité de la surveillance opérée⁴¹.

Une surveillance de la correspondance peut être dirigée uniquement contre un prévenu. A titre exceptionnel un tiers peut être visé lorsque le prévenu utilise son adresse postale ou son raccordement de télécommunication pour recevoir des envois et des communications, ou que le tiers lui sert d'intermédiaire⁴². Pour ce qui est de la surveillance des relations bancaires et de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance, seul le prévenu peut être visé⁴³. Le CPP ne semble en revanche pas limiter l'observation au prévenu et pourrait viser une personne détentricrice de secrets qui ne serait pas un prévenu. Le texte de la loi est muet sur ce point, mais il paraît en tous cas exclu de recourir à l'observation pour obtenir des informations couvertes par le secret professionnel. Il faudra alors procéder à un tri des informations avant de les transmettre à l'autorité en charge de l'enquête et écarter toutes celles protégées par le secret. Quant à l'investigation secrète, le tri sera effectué directement par la personne de contact sous la surveillance d'un magistrat. L'infiltration sur le lieu de travail d'une personne au bénéfice du secret professionnel devra être limitée en cas de soupçons graves sur le détenteur du secret professionnel lui-même et des raisons particulières⁴⁴.

La surveillance est donc soumise à des conditions précises. L'atteinte portée à la sphère privée de la personne surveillée pouvant être limitée et contrôlée, elle est considérée comme admissible. Un autre problème se pose en revanche lorsque des informations protégées par le secret professionnel sont dévoilées lors d'une mesure de surveillance technique. Si

33 Art. 321 CP.

34 Art. 269ss CPP.

35 Art. 274 et 289 CPP.

36 L'article 284 CPP prévoit que le tribunal des mesures de contrainte peut autoriser la surveillance des relations bancaire à la demande du ministère public. A notre sens cette formulation est malheureuse car elle ne permet pas la surveillance en temps réel qui est pourtant le sens premier de cette disposition. Il faut alors appliquer la même procédure que pour la surveillance de la correspondance et de l'utilisation des autres dispositifs de surveillance: Métille, Mesures techniques de surveillance et respect des droits fondamentaux, pp 167-170 et 225-227.

37 L'observation au sens de l'article 282 CPP est limitée aux lieux librement accessibles, ce qui justifie une procédure alléguée. Au-delà d'un mois, l'autorisation du ministère public est nécessaire (art. 282 al. 2 CPP).

38 Voir figurant dans une liste exhaustive pour la surveillance de la correspondance et les autres mesures techniques de surveillance (art. 269 al. 2 CPP), ainsi que pour l'investigation secrète (art. 286 al. 2 CPP). La récolte des données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers est néanmoins admise pour tous les délits et crimes (art. 273 CPP).

39 Une subsidiarité absolue n'est pas exigée et il suffit que les autres actes d'enquêtes soient excessivement difficiles à mener: ATF 1B_425/2010 du 22 juin 2011, consid. 3.3.

40 Art. 279, 283 et 298 CPP.

41 Si le recours est techniquement dirigé contre la communication, il permet de faire contrôler, en fait et en droit, toute la procédure de surveillance et d'éliminer les résultats obtenus si la procédure n'a pas été respectée. Les mesures nécessaires à protéger le secret professionnel pourrait déjà être invoquées ici, même si le caractère inexploitable d'une preuve illégale peut aussi être contrôlé par le juge du fonds.

42 Art. 270 lit. b. La notion de tiers au sens de cette disposition est plus restrictive que celle utilisée dans d'autres dispositions du CPP car elle ne concerne que les tiers correspondant aux chiffres 1 ou 2 de cet article.

43 Art. 284 et 281 CPP.

44 En matière d'investigation secrète: Jeanneret/Ryser, CR-CPP ad art. 286 CPP, p.1325.

le détenteur d'un secret est en mesure de le protéger en refusant de témoigner ou de transmettre des documents, il n'a pas cette faculté lorsqu'une mesure de surveillance est dirigée contre lui: il ignore le plus souvent que la surveillance est en cours et même s'il devait s'en douter, les possibilités qu'il aurait de soustraire les informations à la surveillance sont restreintes. Le législateur a donc dû trouver un autre moyen de défendre le secret professionnel, sans pour autant créer une impunité des détenteurs de secret.

2. Le principe du respect du secret

Même si le CPP ne le dit pas expressément, les mesures de surveillance doivent respecter le secret professionnel. Le but du secret étant de protéger le titulaire du secret, il ne doit pas servir d'immunité pour la personne soumise au secret professionnel, ni empêcher toute mesure de surveillance. Une surveillance est donc admissible, mais un tri doit être effectué entre les informations protégées et celles qui ne le sont pas. C'est ce que prévoit le CPP à l'article 271 pour la surveillance de la correspondance⁴⁵ et l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance⁴⁶. Le Code de procédure ne mentionne rien à ce sujet pour la surveillance des relations bancaires, l'observation et l'investigation secrète. Les dispositions prévues pour la surveillance des communications devront être appliquées par analogie, car rien ne justifie que certaines mesures de surveillance ne respectent pas le secret professionnel⁴⁷.

En matière de surveillance, le secret professionnel est entendu au sens large. Il n'est pas fait de différence entre secret professionnel, secret de fonction, secret de rédaction, ou encore devoir de discrétion. L'article 271 CPP traite de manière similaire tous les détenteurs de secrets et leur offre la même protection, pourvu qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre des catégories professionnelles énumérées aux articles 170 à 173 CPP⁴⁸. À noter que le même principe est appliqué en matière de perquisition et de séquestre, puisque tous les secrets professionnels sont protégés de la même manière⁴⁹. L'article 264 alinéa littéra c CPP prévoit en particulier que les objets, documents et correspondance qui proviennent de relations établies entre le prévenu et une personne ayant le droit de refuser de témoigner en vertu des articles 170 à 173 et qui n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire ne peuvent pas être séquestrés.

Le CPP prévoit en revanche des règles différentes en fonction de la personne visée par la surveillance. Lorsque la surveillance vise un titulaire du secret ou une autre personne (3.a), les informations protégées par le secret devront être complète-

ment écartées. Lorsque la surveillance porte en revanche sur un prévenu soumis au secret professionnel (3.b), il faut tenir compte du secret uniquement pour protéger les intérêts des titulaires du secret. Des informations couvertes par le secret professionnel pourraient alors être utilisées si elles sont en rapport avec l'objet de l'enquête et le motif pour lequel la surveillance a été autorisée, en particulier quand le détenteur est soupçonné d'avoir commis des infractions en profitant du secret. Les intérêts des titulaires du secret doivent néanmoins être pris en compte, par exemple en anonymisant les données.

3. Les différentes hypothèses

A. La surveillance du titulaire du secret ou d'une personne autre que celle tenue au secret

Comme la surveillance n'est pas dirigée contre le détenteur du secret, toutes les données recueillies sont transmises directement aux personnes chargées de l'instruction. Rien ne laisse présumer que des secrets sont menacés et que des mesures particulières seraient nécessaires. C'est d'ailleurs la plupart du temps le cas de ce genre de mesures de surveillance. Il se peut toutefois que des informations couvertes par le secret apparaissent lors de la surveillance. L'exemple classique du titulaire du secret objet de la surveillance est le prévenu qui s'entretient avec son médecin ou son avocat. Dans ces cas, la protection assurée par le secret professionnel ne souffre aucune exception et les informations protégées sont inexploitable.

Une mesure de surveillance dirigée contre une personne qui n'est pas directement liée au secret pourrait aussi conduire à enregistrer des éléments protégés. Cela peut arriver lorsque la vidéosurveillance d'une personne enregistre la conversation entre deux personnes à proximité de la cible et qui se révéleraient être un avocat et son client. Dans ce cas également, les informations protégées sont inexploitable⁵⁰.

Le secret tend précisément à protéger les titulaires du secret et l'article 271 alinéa 3 CPP dispose donc que ces informations ne peuvent pas être exploitées⁵¹. Si le principe est clair, la mise en pratique est plus compliquée⁵². Contrairement à la surveillance de la personne soumise au secret, il est plutôt rare de pouvoir prévoir que des éléments couverts par le secret seront évoqués, ce qui rend quasi impossible de les exclure du dossier avant d'en avoir pris connaissance. Les informations protégées doivent alors être retirées du dossier de la procédure pénale dès qu'elles sont découvertes, directement par celui qui les découvre, puis immédiatement détruites⁵³. Cela concerne la surveillance des communications et par analogie la surveillance des relations bancaires, l'observation, et l'investigation secrète. Si elles ne pourront pas servir de preuves, elles auront néanmoins été

45 Par analogie, cela concerne aussi la récolte des données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers.

46 Avec en plus une interdiction générale d'utiliser des dispositifs techniques de surveillance pour surveiller les locaux ou les véhicules d'une personne soumise au secret professionnel autre que le prévenu, et cela même si le prévenu s'y trouve régulièrement (art. 281 al. 3 lit. b CPP).

47 En matière d'investigation secrète: Jeanneret/Ryser, CR-CPP ad art. 286 CPP, p.1325.

48 Hansjakob, Zürcher Kommentar zu art. 271 StPO, p. 1327.

49 Art. 247 et 264 CPP.

50 Sous réserve des dispositions en matière de découvertes fortuites (art. 278 CPP). Cela ne peut toutefois que concerner des infractions commises par la personne soumise au secret et en aucun cas le titulaire du secret.

51 C'est une preuve inexploitable au sens de l'article 141 CPP.

52 Sträuli, «La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication», in Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt, pp 160-161.

53 Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, p. 269.

portées à la connaissance des policiers et parfois du ministère public. Ces derniers devraient en faire une complète abstraction, mais il est difficile de ne pas penser que parfois cela pourrait tout de même inspirer l'autorité à procéder à des actes d'enquête qu'elle n'aurait pas envisagés sans ces informations.

B. La surveillance de la personne tenue au secret

La seconde hypothèse concerne la surveillance d'une personne soumise au secret professionnel parce que de graves soupçons laissent présumer qu'elle a commis une ou des infractions, par exemple lorsqu'un avocat, médecin ou fonctionnaire fait l'objet d'une enquête pénale⁵⁴. Deux éléments distinguent cette situation de celles évoquées précédemment. Premièrement, le secret professionnel n'a pas pour but de protéger la personne visée par la surveillance et soupçonnée d'avoir commis les infractions. Deuxièmement, la présence d'informations protégées est évidente et des mesures pour assurer le respect du secret peuvent être prises avant même le début de la surveillance. L'ensemble des données recueillies sera par conséquent soumis au tri d'une autorité judiciaire⁵⁵.

L'article 271 alinéa 1 CPP prévoit que les informations protégées par le secret professionnel et qui n'ont de lien ni avec l'objet de l'enquête ni avec le motif pour lequel la personne concernée est soumise à la surveillance doivent être écartées⁵⁶. Les informations écartées doivent être soustraites à la curiosité du ministère public et à celle des policiers chargés de l'investigation⁵⁷. Elles ne doivent pas être conservées dans un dossier séparé mais entièrement détruites. Ni les supports de données, ni les transcriptions ne doivent être conservés. Ces preuves sont inexploitable, comme le seraient celles obtenues grâce à la preuve déclarée inexploitable si la première preuve était la condition *sine qua non* pour les obtenir⁵⁸.

Si des informations couvertes par le secret professionnel sont directement liées aux infractions poursuivies et visées par l'ordre de surveillance, elles pourront être conservées. On prendra toutefois soin de protéger les détenteurs du secret en anonymisation les données, en particulier en supprimant les noms des clients⁵⁹.

Un tri systématique des données recueillies par une autorité judiciaire indépendante doit être réalisé dès qu'il existe un soupçon raisonnable que des informations protégées par le

secret tomberont sous le champ de la surveillance⁶⁰. Le message du Conseil fédéral précise que l'autorité, qui doit être judiciaire, n'est pas tenue de procéder au tri elle-même, mais qu'elle peut se contenter de diriger l'opération. Cette tâche peut être confiée au tribunal des mesures de contrainte⁶¹. Celui-ci ne pourrait ensuite plus statuer dans la cause, qu'il s'agisse de l'autorisation d'une autre mesure de surveillance, de détention provisoire, ou d'une autre de ses compétences. Une autre cour ou chambre du tribunal des mesures de contrainte, composée de personnes différentes, ne serait admissible que si des mesures suffisantes sont prises pour que les informations de l'une ne soient pas à disposition de l'autre⁶². Même si elle ne procède pas au tri elle-même, l'autorité judiciaire doit contrôler les informations qui seront remises au ministère public⁶³.

Le CPP n'indique malheureusement pas qui est responsable d'opérer ce tri et sur quelle base, pas plus qu'il ne prévoit une possibilité de faire contrôler ce tri, une possibilité de demander que des documents soient ajoutés ou écartés, ni une voie de recours. On pourra s'inspirer des dispositions et de la jurisprudence rendue en matière de perquisition chez des détenteurs de secrets, en particulier les études d'avocats⁶⁴. La nature des mesures de surveillance, contrairement à une perquisition ou la personne visée peut être présente, ne lui permettra pas de s'exprimer et le tri devrait être fait avec d'autant plus de précautions.

Lorsque l'objet de la surveillance est utilisé par une personne soumise au secret et un prévenu qui n'y est pas, il y a lieu de mettre également en place un tri sous le contrôle d'un tribunal. Le risque de transmettre des données protégées est en effet important. Une telle situation peut par exemple se produire lorsque le conjoint d'un médecin est mis sur écoute, ou que la surveillance porte sur un secrétariat partagé entre plusieurs bureaux (certains étant soumis au secret et d'autres non).

Le branchement direct n'est admis que si des soupçons particulièrement graves pèsent sur le détenteur du secret professionnel et que des raisons particulières l'exigent, notamment

54 Sur les conditions auxquelles un détenteur de secret peut être surveillé: Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 195-206; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, p. 252; Piquerez, Traité de procédure pénale suisse, pp 593-596 et 621; Rhyner/Stüssi, VSCK Kommentar zu Art. 269-279 StPO, pp 449-451; Sträuli, «La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication», in Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt, pp 137-139.

55 Encore faut-il que l'objet de la surveillance soit identifié comme étant soumis au secret. Sur cette question: Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 201-204.

56 Zufferey / Bacher, CR-CPP ad art. 271 CPP, p. 1244.

57 Jean-Richard-dit-Bressel, Basler Kommentar zu art. 271 StPO, pp 1931-1932.

58 Art. 141 CPP, Message du CF relatif à l'unification de la procédure pénale, pp 1163-1164.

59 Bohnet, Droit de la profession d'avocat, p. 775.

60 Hansjakob, BÜPF und VÜPF Kommentar, pp 213-217.

61 Message du Conseil fédéral relatif à l'unification de la procédure pénale, FF 2006 1057, pp 1231-1232.

62 Cela signifie que les dossiers doivent être séparés et inaccessibles pour les juges mais également les greffiers, etc. Il sera probablement plus simple de recourir à un juge suppléant extraordinaire, par exemple provenant d'une autre instance ou d'un tribunal des mesures de contrainte d'un autre lieu.

63 Sträuli, «La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication», in Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt, pp. 162 et 165-166.

64 Voir en particulier les ATF 132 IV 63, A. A. et B. A. du 6 février 2006, 1B_288/2007 du 30 septembre 2008 et 1B_412/2010 du 4 avril 2011, ainsi que Bohnet, Droit de la profession d'avocat, pp 768-776.

un caractère urgent⁶⁵. Cette possibilité doit être utilisée de manière très restreinte, puisque l'autorité policière prend connaissance des informations avant même qu'un tri ne puisse avoir lieu⁶⁶. Avant l'introduction du CPP, le branchement direct n'était pas autorisé pour les personnes soumises au secret professionnel. L'observation représente un cas similaire à celui du branchement direct puisque les agents en charge de l'observation acquièrent directement les informations. A défaut d'une meilleure solution, on engagera dans la mesure du possible pour l'observation des agents qui ne sont pas en charge de l'enquête et l'on prendra les mesures nécessaires pour que les informations couvertes par le secret professionnel ne leur soient pas transmises. Dans tous les cas, ils ne pourront pas faire usage des informations protégées.

Il se peut finalement qu'une personne soit mise sur écoute sans que l'on sache initialement qu'elle fait partie des personnes soumises au secret professionnel. Dans ce cas, l'accès aux informations protégées doit être suspendu dès que l'on s'aperçoit que la personne est soumise au secret professionnel et un tri effectué par une autorité indépendante. Les informations protégées déjà recueillies seront évidemment écartées.

V. Conclusion

Quand il est question de mesures techniques de surveillance, la notion de secret professionnel s'entend au sens large et intègre toutes les personnes au bénéfice d'une dispense de témoigner au sens des articles 170 à 173 CPP (secret professionnel au sens étroit, secret de fonction, secret de rédaction et devoir de discrétion). Le secret professionnel ne sert pas à protéger celui qui est soumis au secret (le CPP prévoit qu'il peut faire l'objet de mesures de surveillance), mais il protège bien plus les titulaires de secrets et cela sans aucune exception. Si des éléments ou des preuves sont obtenus en violation du secret professionnel, ils sont totalement inexploitable et ne peuvent

être utilisés d'aucune manière. Il en est de même des preuves récoltées uniquement grâce à celles-là.

La protection du secret professionnel est admise par le CPP et rien ne justifie que les mesures de surveillance ne le respectent pas. Que des informations protégées puissent être utiles à l'enquête ne justifie pas une dérogation. Cela peut être parfois frustrant pour les enquêteurs, mais c'est le prix à payer pour que la notion de secret professionnel conserve un sens et que la confiance en ceux qui y sont soumis puisse être maintenue.

Le Code de procédure pénale impose à un tribunal indépendant de la cause de procéder à un tri des données récoltées pour assurer le respect du secret. Ces mesures sont contraignantes et représentent un important travail, mais elles sont pleinement justifiées. L'autorité qui souhaite utiliser un outil d'investigation puissant comme le sont les mesures techniques de surveillance doit s'accommoder des conséquences qu'il implique (procédure d'autorisation, communication, procédure de contrôle et respect du secret professionnel).

Résumé Le Code de procédure pénale Suisse (CPP) définit la notion de secret surtout au niveau du droit de refuser de témoigner (art. 170–173). Des degrés de protection différents sont accordés en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle appartient le détenteur du secret. Le secret doit aussi être respecté dans le cadre d'autres actes d'investigation, et en particulier lors de perquisitions et séquestres ou lorsque des mesures techniques de surveillance sont prononcées. Le CPP protège toutes les professions mentionnées aux art. 170–173 CPP de la même manière. La surveillance d'une personne tenue au secret est admissible mais exige des mesures particulières, comme le tri des informations par une autorité judiciaire indépendante afin que les secrets ne parviennent pas à l'autorité en charge de l'investigation. De telles informations ne peuvent être utilisées, après avoir été rendues anonymes, qu'à l'encontre du prévenu détenteur du secret. Elles ne peuvent en revanche jamais l'être à l'encontre de celui qui confie l'information, même s'il est prévenu.

65 C'est une nouveauté introduite par l'article 271 alinéa 2 CPP. La notion de branchement direct a été conservée bien qu'inappropriée. A l'origine, les PTT écoutaient la conversation et remettaient une transcription aux autorités policières, sauf en cas de branchement direct où la police écoutait directement la conversation. Actuellement, le Service chargé de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SSCPT) met à disposition des autorités policières les résultats de la surveillance (conversations, informations échangées, etc.) en temps réel via le système LIS (Lawfull Interception System). L'accès aux données en temps réel est la règle. Dans le cas de la surveillance de personnes soumises au secret professionnel, la police ne devrait pas avoir accès au LIS, mais seulement les personnes en charge du tri des informations. L'accès direct aux données (sans tri préalable) via LIS correspond à la notion de branchement direct mentionné dans le CPP.

66 La formulation de l'article 271 alinéa 1 CPP pourrait être modifiée par la future révision de la LSCPT: il serait précisé que non seulement un tri doit être opéré, mais également que l'accès direct par les autorités de poursuite pénale aux informations recueillies dans le cadre de la surveillance est empêché. Il s'agirait d'une simple clarification: Conseil fédéral, Avant-projet de révision de la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 19 mai 2010, pp 44-45.

Summary The Swiss Criminal Procedure Code (CrimPC) defines professional secrets first as a right not to testify (art. 170–173). Different degrees of protection are granted, according to the professional status of the person to whom the confidential communication was made. Privilege is also relevant in other contexts, such as search and seizure or surveillance. CrimPC protects members of every profession listed in art. 170–173 by requiring an independent judicial body to sort out the results of any surveillance of them in order to protect their clients' secrecy. Privileged information can only be used against the accused person who received the secret information and can never be used against the person who confided the secret, even if it is an accused person.
