

# L'UTILISATION PRIVÉE DE MOYENS TECHNIQUES DE SURVEILLANCE ET LA PROCÉDURE PÉNALE

par

**SYLVAIN MÉTILLE \***

Licencié en droit de l'Université de Neuchâtel, avocat

- 1. Introduction**
- 2. La surveillance privée**
  - 2.1. Des formes et des buts variés
  - 2.2. Le cadre légal
  - 2.3. Conclusion intermédiaire
- 3. Les résultats d'une surveillance comme moyens de preuve en matière pénale**
  - 3.1. Délimitations
  - 3.2. La notion de preuve
  - 3.3. Les preuves recueillies légalement
- 4. Les preuves recueillies illégalement**
  - 4.1. Les preuves exploitables
  - 4.2. Les preuves inexploitable car issues de méthodes interdites
  - 4.3. Les preuves déclarées inexploitable par le CPP
  - 4.4. Les preuves relativement inexploitable
  - 4.5. Les preuves recueillies par des privés
  - 4.6. Le sort de la preuve inexploitable
  - 4.7. En matière de surveillance
- 5. Conclusion**

## 1. Introduction

Après s'être inquiété des pouvoirs exorbitants de l'Etat en matière policière et de renseignement, la population et les partis politiques prennent soudainement conscience que l'Etat n'est pas le seul à s'intéresser à la vie privée des individus et des entreprises. L'espionnage économique existe pourtant de longue date et ne suscite pas un aussi grand débat, peut être parce que les victimes en sont simultanément les bénéficiaires. Les associations à but idéal sont en revanche plus promptes à dénoncer ce

---

\* Avocat à Neuchâtel et doctorant à l'Université de Neuchâtel.

qu'elles considèrent comme une atteinte à leurs libertés<sup>1</sup>. La surveillance est pourtant l'activité première des entreprises de sécurité privées, sous forme de gardiennage, de centrales d'alarme, de vidéosurveillance, de filatures ou de renseignement<sup>2</sup>.

Les mesures de surveillance mises en place dans le cadre de la procédure pénale sont actuellement fortement réglementées par la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (LSCPT) et les codes de procédure cantonaux<sup>3</sup>. Le futur Code de procédure pénale fédéral (CPP) régira sur l'ensemble du territoire suisse les conditions de mise sous surveillance, tant en matière de surveillance de la correspondance que des autres moyens techniques de surveillance. Au niveau de la surveillance préventive, l'activité étatique est encadrée par la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) et la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM).

Les lois précitées ne concernent que l'activité étatique. La surveillance dite privée, à savoir celle mise en place par des individus agissant à titre personnel ou pour le compte de personnes morales, échappe totalement à ces règles. La présente contribution vise à déterminer quelles sont les limites actuellement posées à la surveillance privée, et dans quelle mesure les éléments obtenus par le biais d'une telle surveillance pourraient être utilisés

---

<sup>1</sup> On pense ici notamment à la section vaudoise du groupement ATTAC, espionnée de septembre 2003 à septembre 2004 par Securitas pour le compte de la société Nestlé, ainsi qu'au Groupe anti-répression Lausanne, infiltré à la même époque par une agente de ladite entreprise de sécurité. DOLIVO J.-M. / PETIT R., «"Nestlégate": surveillance illégale?», *Plädoyer* 2008, vol. 6, pp. 68-77.

<sup>2</sup> CUSSON M., «*La surveillance et la contre-surveillance*», in: CUSSON M. / DUPONT B. / LEMIEUX F. (Eds), *Traité de sécurité intérieure*, p. 429, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2008.

<sup>3</sup> Voir notamment BIEDERMANN A., «*Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 6. Oktober 2000*», *Revue pénale suisse* 2002, vol. 120 (1), pp. 77-106 ; BONDALLAZ S., *La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications*, Schulthess, Zurich 2007, pp. 507-522 ; HANSJAKOB T., *BÜPF/VÜPF: Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs*, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2006 ; HAUSER R. / SCHWERI, E. / HARTMANN, K., *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2005, pp. 358-366 ; OBERHOLZER N., *Grundzüge des Strafprozessrechts : dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen*, Stämpfli, Bern 2005 ; PIQUEREZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006 , pp. 621-623; SCHMID N., *Strafprozessrecht eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, Schulthess, Zurich 2004, pp. 289-290 ; STRÄULI B., «*La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication : aperçu du nouveau droit*», in : CASSANI U. / DITTMANN V. / MAAG R., et al. (Eds), *Mehr Sicherheit – weniger Freiheit? Ermittlungs- und Beweistechniken hinterfragt = Plus de sécurité – moins de liberté? Les techniques d'investigation et de preuve en question*, pp. 93-194, Verlag Rüegger, Zurich / Coire 2003, pp. 140-153.

à titre de preuve dans le cadre d'une procédure pénale. Cette dernière question sera résolue exclusivement à l'aune du CPP, pour éviter de présenter les solutions valables dans chaque canton, mais également parce que les art. 139 ss CPP reprennent les principes développés précédemment par la jurisprudence.

## **2. La surveillance privée**

### **2.1. Des formes et des buts variés**

#### **2.1.1. Les acteurs**

Si la surveillance opérée par l'Etat répond à des objectifs assez homogènes (lutte contre la criminalité, sécurité du territoire, poursuite pénale), la surveillance opérée par des privés vise des objectifs très variés<sup>4</sup>. Elle peut être mise en place par des sociétés spécialisées dans le renseignement, la sécurité, ou l'investigation et qui en font leur activité principale, mais également être un élément tout à fait accessoire, comme nous le verrons ci-après.

#### **2.1.2. La protection et la dissuasion**

La surveillance de bâtiments ou de terrains est probablement la plus connue du grand public, en particulier sous la forme de la vidéosurveillance. Elle est connue dans les banques, les entreprises, les habitations, les transports publics, les stades, les rues, les places, les halls d'entrée et les autres espaces ouverts au public. Elle a pour but de dissuader les comportements indésirables, de les détecter rapidement et d'avoir la réaction adéquate, ou encore d'assurer la conservation de preuves.

#### **2.1.3. La recherche d'informations**

La surveillance est ensuite un moyen d'investigation. Elle est utilisée par exemple par les journalistes lors d'enquêtes importantes, ainsi que par les photographes de la presse à scandales pour obtenir un cliché exclusif. Les détectives et autres agents privés du renseignement ne sont pas en reste non plus, puisque leurs services consistent précisément à obtenir pour leurs

---

<sup>4</sup> Pour des exemples de prises de vues par des privés : LEGLER T., *Vie privée, image volée : la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*, Thèse, Berne 1997, pp. 182-198.

clients des informations que ces derniers n'arrivent pas à obtenir eux-mêmes. Le recours à de tels services est fréquent : les assurances pour détecter les fraudes, notamment en matière d'incapacité de travail, les banques pour connaître la provenance de certains fonds, l'épouse délaissée pour savoir si son mari a une maîtresse, le créancier pour connaître la situation financière de son débiteur, l'entrepreneur pour être au courant des nouveaux projets de ses concurrents, etc.

#### **2.1.4. La récolte de preuves**

Obtenir l'information n'est parfois pas suffisant et des preuves sont nécessaires. La surveillance privée intervient également dans ces cas-là<sup>5</sup>. Les situations concernées sont les mêmes que dans le cadre de la recherche d'informations ou des mesures de protection citées auparavant, mais également des situations où l'information est déjà connue. On pense par exemple aux enregistrements effectués par les banques ou les opérateurs téléphoniques lors de la conclusion de contrats.

#### **2.1.5. La commission d'actes criminels**

La surveillance est finalement un excellent moyen d'obtenir des informations précises en vue de la préparation d'une infraction, qu'il s'agisse de connaître la configuration d'un lieu, les possibilités d'y pénétrer, ou encore les habitudes des occupants. La surveillance peut aussi être l'acte constitutif de l'infraction, par exemple dans le cas d'espionnage économique ou de voyeurisme.

### **2.2. Le cadre légal**

#### **2.2.1. L'absence de loi ad hoc**

Aucune loi n'interdit ni ne règle actuellement la surveillance privée. Elle n'est ainsi pas fondamentalement interdite et les seules limites qui lui sont applicables sont celles du droit commun, singulièrement les normes générales destinées à protéger la sphère privée. Le concordat romand sur les entreprises de sécurité ne concerne pas les mesures techniques de surveillance.

---

<sup>5</sup> La société Business Control présente ses activités principales sur son site internet, parmi lesquelles figure en bonne place l'obtention de preuves pour les procédures civiles et pénales : [www.bcswitzerland.com](http://www.bcswitzerland.com) (05.11.2008).

## 2.2.2. Le Code civil

La personnalité est protégée en droit civil essentiellement par les art. 28 ss CC<sup>6</sup>. Toute atteinte à la personnalité est en principe illicite à moins qu'elle ne se fonde sur un motif justificatif tel que la loi, le consentement de la victime ou un intérêt privé ou public prépondérant. Le consentement de la victime n'est soumis à aucune forme particulière, mais il doit être interprété conformément au principe de la confiance. S'agissant de l'existence d'un intérêt prépondérant, il faut mettre en balance l'intérêt de la victime à ne pas être lésée et l'intérêt de l'auteur à atteindre un certain but.

Cette protection s'étend à la vie intime (les faits et gestes soustraits à la connaissance d'autrui, à l'exception des personnes auxquelles ces faits ont été spécialement confiés) et la vie privée (les événements partagés avec un nombre restreints d'autres personnes rattachées par des liens relativement étroits). La vie publique, soit les événements accessibles à quiconque, n'est pas protégée. Ces notions varient évidemment d'une personne à l'autre, en fonction du caractère plus ou moins public de leur vie.

L'art. 28a CC permet à la victime de faire interdire une atteinte imminente, de faire cesser une atteinte actuelle ou de faire constater le caractère illicite d'une atteinte dont le trouble subsiste, ainsi que d'obtenir la réparation du dommage causé, y compris le tort moral.

## 2.2.3. Le Code pénal

### 2.2.3.1. Le secret des postes et des télécommunications

L'art. 321<sup>ter</sup> CP sanctionne la violation du secret des postes et des télécommunications<sup>7</sup>. Il ne s'applique cependant qu'aux personnes astreintes

---

<sup>6</sup> AEBI-MÜLLER R. E., *Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonder Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland*, Stämpfli, Berne 2005, pp. 1-180 ; BONDALLAZ S., *La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications*, Schulthess, Zurich 2007, pp. 146-156 ; DESCHENAUX H. / STEINAUER, P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Stämpfli, Berne 2001, pp. 159-224 ; HAUSHEER H. / AEBI-MÜLLER, R. E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli, Bern 2008, pp. 148-234 ; MEILI A., «Kommentar zur Art. 28ff ZGB», in : HONSELL H. / VOGT N. P. / GEISER T. (Eds.), *Basler Kommentar ZGB I*, Helbing et Lichtenahn, Bâle / Genève / Munich 2006, pp. 248-282. Sur le droit à l'image en particulier : LEGLER T., *Vie privée, image volée : la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*, Thèse, Berne 1997, pp. 110-118.

<sup>7</sup> Sur l'art. 321<sup>ter</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume II*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 667-673 ; OBERHOLZER N., «Kommentar zu Art. 321ter StrGB», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds.), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp. 2334-2337.

au secret des postes ou des télécommunications, qu'elles soient employées de manière fixe ou temporaire, par une entreprise privée ou publique, etc. Seul est déterminant le fait que l'activité professionnelle donne accès à des données couvertes par le secret des postes et des télécommunications. Est puni le fait de communiquer ou de rendre accessible à un tiers non autorisé des informations couvertes par ce secret, ainsi que le fait pour la personne astreinte au secret de prendre connaissance du secret qu'elle devait protéger. Une infraction par omission est également possible, par exemple en ne prenant pas les mesures nécessaires pour empêcher un tiers d'accéder aux données protégées.

L'infraction n'est pas réalisée et le secret peut être levé par une mesure de surveillance pénale, en fonction des prescriptions de la loi sur les télécommunications (notamment les art. 45 et 48), ou avec l'accord des personnes que le secret est censé protéger.

### **2.2.3.2. Les domaines secret et privé**

Les art. 179 ss CP ont été introduits le 1<sup>er</sup> mai 1969. Ils visent les infractions contre le domaine secret ou le domaine privé, notamment l'ouverture de la correspondance, l'enregistrement de conversations téléphoniques ou la prise de vue.

L'art. 179 CP sanctionne la violation de secrets privés, soit l'acquisition et l'exploitation d'informations contenues dans un pli ou un colis fermé<sup>8</sup>. La fermeture ne doit pas opposer une résistance sérieuse, mais doit permettre de déduire de bonne foi que l'expéditeur n'a pas voulu que le contenu soit accessible à n'importe qui. Cette disposition a pour but de protéger le secret de la correspondance. L'infraction est réalisée dès que l'envoi est ouvert, même si l'auteur n'a pas pris connaissance du contenu. La question de savoir si les emails et sms sont protégés par cette disposition n'est pas clairement résolue. L'email est souvent comparable à une carte postale, qui n'est pas protégée par l'art. 179 CP car une fermeture empêchant que le contenu ne soit accessible à quiconque fait défaut. En revanche, si une mesure est prise

---

<sup>8</sup> Sur l'art. 179 CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 588-595 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008, pp. 377-381 ; RUCKSTUHL A., *Die Verletzung des Schriftgeheimnisses auf Grund des Art. 179 des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Thèse, Fribourg 1955, p. 357 ; VON INS P. / WYDER R., «Kommentar zu Art. 179-179novies StrGB», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp. 918-933.

par l'expéditeur, par exemple sous la forme d'un cryptage, on devrait admettre que l'email n'est pas librement accessible<sup>9</sup>.

L'art. 179<sup>bis</sup> CP assure la même protection que l'article précédent, mais pour les échanges oraux<sup>10</sup>. L'acquisition et l'exploitation du contenu de conversations non publiques sont protégées, à savoir celles qui ne sont pas audibles par toute personne qui se trouve là par hasard et auxquelles l'auteur de l'infraction ne participe pas. La simple écoute n'est pas punissable. Il faut que l'auteur enregistre la conversation ou utilise un appareil d'écoute. Quant à l'art. 179<sup>ter</sup> CP, il concerne le cas où l'auteur enregistre une conversation non publique à laquelle il participe<sup>11</sup>.

L'art. 179<sup>quater</sup> CP sanctionne la violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues<sup>12</sup>. L'art. 179<sup>quater</sup> CP concerne uniquement les domaines secrets et privés, alors que les art. 179<sup>bis</sup> et 179<sup>ter</sup> CP protègent toutes les conversations qui ne sont pas publiques, qu'elles contiennent ou non des éléments relevant de la sphère privée ou secrète<sup>13</sup>. Tant l'acquisition que l'exploitation des images sont à nouveau visées. Sont protégés les faits relevant du domaine secret ou du domaine privé et qui ne sont pas accessibles à tout le monde. Le législateur a notamment voulu protéger la sphère personnelle et la vie en famille. Comme en matière d'écoute, sont punies l'observation avec un appareil de prise de vues d'une part et la fixation sur un porteur d'images d'autre part. L'observation à l'œil

---

<sup>9</sup> Pour une analyse complète du traitement des emails et sms par l'art. 179 CP : VON INS P. / WYDER R., «*Kommentar zu Art. 179-179novies StrGB*», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp. 924-928.

<sup>10</sup> Sur l'art. 179<sup>bis</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 596-604 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008 ; VON INS P. / WYDER R., «*Kommentar zu Art. 179-179novies StrGB*», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, pp. 933-941, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007.

<sup>11</sup> Sur l'art. 179<sup>ter</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 605-609 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008 ; VON INS P. / WYDER R., «*Kommentar zu Art. 179-179novies StrGB*», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp. 941-944.

<sup>12</sup> Sur l'art. 179<sup>quater</sup> CP en général : BAUM O., *Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem kriminalpräventiven Einsatz von Videoüberwachungsanlagen im öffentlichen Raum*, in : Jusletter 8 octobre 2007, disponible sur le site: [www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch) ; CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 610-618 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008, pp. 391-394 ; LEGLER T., *Vie privée, image volée : la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*, Thèse, Berne 1997, pp. 127-170 ; VON INS P. / WYDER R., «*Kommentar zu Art. 179-179novies StrGB*», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp. 944-949. Sur les notions de domaine secret et domaine privé : ATF 118 IV 41, 45-51, F., du 24 janvier 1992.

<sup>13</sup> ATF 6B\_225/2008 du 7 octobre 2008, consid. 2.3.

nu, avec des jumelles ou un autre appareil qui améliore les possibilités de vue mais ne permet pas l'enregistrement de l'image n'est pas prohibée par cet article<sup>14</sup>.

L'enregistrement d'appels de détresse pour le compte de service d'assistance, de secours et de sécurité n'est pas punissable (art. 179<sup>quinquies</sup> CP), de même qu'une mesure de surveillance publique valablement ordonnée (art. 179<sup>octies</sup> CP)<sup>15</sup>. En revanche, le Tribunal fédéral a rappelé que la liberté de la presse et l'état de nécessité ne justifiaient pas l'emploi de caméras cachées dans le cadre d'un reportage destiné à une émission de télévision, à moins qu'il ne s'agisse de l'unique possibilité de révéler une information d'une portée importante<sup>16</sup>.

L'art. 179<sup>sexies</sup> CP prohibe la fabrication, la mise en circulation et la publicité, en faveur d'appareils techniques de surveillance servant en particulier à l'écoute ou la prise de vue illicite<sup>17</sup>. Cet article n'a été que très rarement appliqué car l'essentiel des appareils visés ont un usage licite, alors que la disposition légale exige qu'ils servent principalement à un usage illicite<sup>18</sup>.

L'art 179<sup>novies</sup> CP a été introduit par la loi fédérale sur la protection des données, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1993 (LPD). Il sanctionne la soustraction de données personnelles sensibles ou de profils de personnalité se trouvant dans un fichier qui n'est pas librement accessible<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Le fait de se cacher derrière un miroir sans tain non plus : ATF 117 IV 31, 32-34, F. et C. contre W., du 8 mars 1991.

<sup>15</sup> Sur l'art. 179<sup>quinquies</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002 ; VON INS P. / WYDER R., «Kommentar zu Art. 179-179<sup>novies</sup> StrGB», in : NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Eds.), *Strafrecht II*, pp. 919-978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007. Sur l'article 179<sup>octies</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002 ; VON INS P. / WYDER R., «Kommentar zu Art. 179-179<sup>novies</sup> StrGB», in : NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Eds.), *Strafrecht II*, pp. 919-978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007.

<sup>16</sup> ATF 6B\_225/2008 du 7 octobre 2008, consid. 3.

<sup>17</sup> Sur l'art. 179<sup>sexies</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008 ; LEGLER T., *Vie privée, image volée : la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*, Thèse, Berne 1997 ; VON INS P. / WYDER R., «Kommentar zu Art. 179-179<sup>novies</sup> StrGB», in : NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Eds.), *Strafrecht II*, pp. 919-978, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007.

<sup>18</sup> Le répertoire du recueil officiel des ATF 111-133 ne mentionne aucune décision.

<sup>19</sup> Sur l'art. 179<sup>novies</sup> CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 637-641 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008, pp. 399-340 ; LEGLER T., *Vie privée, image volée : la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*, Thèse, Berne 1997, pp. 173-178 ; VON INS P. / WYDER R., «Kommentar zu Art. 179-179<sup>novies</sup> StrGB», in :

### 2.2.3.3. La violation de domicile

L'art. 186 CP sanctionne la violation de domicile, soit le fait de pénétrer ou de rester dans un lieu clos contre la volonté de celui qui a le pouvoir de disposer des lieux<sup>20</sup>. La notion de domicile recouvre les maisons d'habitation et leurs dépendances, les logements, les appartements, les chambres d'hôtel ou d'hôpital, les locaux commerciaux ou administratifs, mais également une tente, une caravane, une cour ou un jardin. Un véhicule exclusivement destiné au transport n'est pas considéré comme une habitation et n'est donc pas protégé par l'art 186 CP<sup>21</sup>. L'infraction consiste soit à pénétrer dans les lieux (introduire une partie du corps suffit), soit à ne pas obéir à une injonction de quitter les lieux. Elle n'est pas réalisée lorsque l'auteur accomplit un acte de fonction ou un acte permis par la loi.

### 2.2.4. La loi sur la protection des données

La loi sur la protection des données (LPD) s'applique au traitement de données effectué par des personnes privées et des organes fédéraux. Le traitement de données effectué par des organes cantonaux est régi par les lois cantonales. La LPD concrétise le droit d'être protégé contre l'emploi abusif de données personnelles. Elle contient des dispositions pénales et consacre les principes de la licéité de la collecte, de la bonne foi, de la proportionnalité, de la finalité, de l'exactitude des données, de la sécurité technique et de la communication limitée des données sensibles. Sont des données sensibles, les données personnelles sur les opinions ou les activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, sur la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, sur des mesures d'aide sociale et sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 3 lit. c LPD)

La LPD reprend le système de l'art. 28 CC, selon lequel toute atteinte à la personnalité est illicite, sous réserve d'un motif justificatif. Un traitement de données qui porte atteinte à la personnalité est par principe illicite, à moins

---

NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds.), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp.974-978.

<sup>20</sup> Sur l'art. 186 CP en général : CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, pp. 702-712 ; DELNON V. / RÜDY B., «Kommentar zu Art. 186 StrGB», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, pp. 1071-086 ; DONATSCH A., *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurich 2008, pp. 443-451 ; STUCKI J., *Der Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) verglichen mit den entsprechenden Regeln des amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Model Penal Code des American Law Institute*, Thèse, Bern 1970.

<sup>21</sup> CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse, volume I*, Stämpfli, Berne 2002, p. 704 ; DELNON V. / RÜDY B., «Kommentar zu Art. 186 StrGB», in : NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (Eds), *Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2007, p. 1077.

qu'il ne soit couvert par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou encore par la loi (art. 12 et 13 LPD). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, tout traitement de données du secteur privé doit reposer sur une base légale. Les art. 28 CC et 13 LPD constituent une telle base légale pour les traitements que justifient un intérêt privé ou public prépondérant ou encore le consentement des personnes concernées<sup>22</sup>.

La collecte de données faite à l'insu de la personne est en particulier interdite. Jusqu'à fin 2007, la collecte de données personnelles devait simplement être reconnaissable pour la personne concernée (art. 4 al. 4 LPD)<sup>23</sup>. Désormais, le maître du fichier a l'obligation d'informer la personne concernée lors de la collecte de données sensibles ou des profils de la personnalité (art. 7a LPD). L'omission de cette information est une infraction pénale (art. 34 LPD). L'étendue de cette obligation devra être appréciée en fonction des circonstances de la collecte. Si les circonstances sont telles que la collecte et la finalité du traitement sont d'emblée manifestement reconnaissables pour la personne concernée, aucun devoir d'information supplémentaire ne sera exigé de celui qui collecte les données. En revanche, si les circonstances sont telles que la collecte et la finalité du traitement ne sont pas ou pas clairement reconnaissables, on attendra de celui qui collecte des données qu'il informe la personne concernée de manière plus active<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> BONDALLAZ S., *La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications*, Schulthess, Zurich 2007, pp. 161-170 ; DESCHENAUX H. / STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, Stämpfli, Berne 2001, pp. 258-287 ; STEINAUER P.-H., «Le droit privé matériel», in : GILLARD N. (Ed.), *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données : travaux de la Journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 6 octobre 1993 à l'Université de Lausanne*, CEDIDAC, Lausanne 1994, pp. 85-112; WALTER J.-P., «Le droit public matériel», in : GILLARD N. (Ed.), *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données : travaux de la Journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 6 octobre 1993 à l'Université de Lausanne*, CEDIDAC, Lausanne 1994, pp. 41-83.

<sup>23</sup> Pour des exemples du caractère reconnaissable : CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données du 19 février 2003, FF 2003 1915-1966, pp 1937-1939.

<sup>24</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données du 19 février 2003, FF 2003 1915-1966, p. 1924. Pour être parfaitement conforme au droit européen et aux recommandations du Conseil de l'Europe, le devoir d'information visé à l'art. 7a aurait dû être retenu pour la collecte de toutes les données personnelles (et pas seulement des données sensibles) : CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données du 19 février 2003, FF 2003 1915-1966, p. 1937.

## **2.3. Conclusion intermédiaire**

La surveillance privée est donc légale pour autant qu'elle ne viole pas une norme légale en vigueur, parmi lesquelles figurent notamment celles que nous avons évoquées ci-dessus.

L'écoute, l'enregistrement et la prise de vue de faits relevant du domaine public, ainsi que l'écoute ou l'observation sans enregistrement ni recours à un appareil technique de faits relevant du domaine non public sont légaux s'ils sont traités par une personne physique et qu'ils ne sont pas communiqués. Si les données sont traitées ou communiquées par une personne morale, la personne surveillée doit avoir été informée de la collecte de données s'il s'agit de données sensibles ou que la collecte devait être reconnaissable s'il s'agit seulement de données personnelles. Quant à la veille de sites internet et la compilation de données, elle doit être considérée comme légale, à tout le moins si les données recueillies ont été mises à disposition par la personne concernée<sup>25</sup>. Le principe de finalité garanti par la LPD doit néanmoins être respecté.

## **3. Les résultats d'une surveillance comme moyens de preuve en matière pénale**

### **3.1. Délimitations**

La surveillance ordonnée par les autorités pénales conformément au CPP fournit évidemment des preuves dont l'exploitation n'est pas discutée, pour autant que les règles du CPP aient été respectées.

Le fait que la surveillance privée soit légale n'implique en revanche pas automatiquement que le résultat aura valeur de preuve. Inversement, ce n'est pas parce qu'un élément a été recueilli en violation d'une norme légale, pénale ou civile, qu'il ne pourrait pas figurer parmi les preuves.

Les conditions de recevabilité de la preuve ne sont pas forcément les mêmes en droit civil, en droit social ou encore en droit pénal. La présente contribution se limite aux conditions de recevabilité des preuves dans le procès pénal et sous l'empire du CPP<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> On pense surtout ici aux sites d'entreprises, d'associations, de blogs, etc. qui sont librement accessibles.

<sup>26</sup> En matière civile, voir GAILLARD L., «*Le sort des preuves illicites dans le procès civil*», La Semaine Judiciaire 1998, vol. II (37), pp. 649-670. Sur la question de la surveillance

### 3.2. La notion de preuve

La preuve est généralement définie comme la démonstration de l'existence ou de l'inexistence d'un fait. Dans le cadre de la justice pénale, la preuve consiste essentiellement à établir l'existence d'un fait réprimé par la loi (l'infraction) et à imputer ce fait à la personne poursuivie en démontrant sa culpabilité avec un degré raisonnable de certitude<sup>27</sup>.

Les art. 139 ss CPP ne soumettent les moyens de preuves à aucun *numerus clausus*. Ces articles consacrent le principe de la liberté de la preuve, ce qui signifie que tout élément susceptible de prouver un fait peut être utilisé. Tous les moyens de preuves imaginables sont admissibles, même s'ils n'existaient pas encore au moment de l'adoption du CPP. Parmi les principaux moyens de preuve, on peut citer les témoignages, les expertises, les inspections, les pièces à conviction, les dossiers de procédure, les rapports, les perquisitions, les fouilles, les examens, les saisies et les mesures de surveillance.

Ces moyens doivent cependant rester dans les limites du droit et reposer sur une base légale suffisante en cas d'atteinte portée aux droits fondamentaux<sup>28</sup>. Le CPP rappelle que la dignité humaine doit être respectée et que sont notamment prohibés le recours à la violence et l'utilisation de méthodes susceptibles de restreindre la faculté de penser et le libre-arbitre de la personne concernée, même si celle-ci y consent. Les mesures de contrainte utilisées dans l'administration des preuves doivent être autorisées par la loi<sup>29</sup>.

Le résultat d'une mesure de surveillance, qu'elle soit privée ou publique, constitue donc un moyen de preuve susceptible d'être admis<sup>30</sup>. Il peut prendre des aspects très divers : images, sons, séquence vidéo, fichiers informatiques, base de données, etc.

---

licite par une assurance RC privée et l'utilisation des résultats par la CNA : ATF 129 V 323, F., du 25 février 2003.

<sup>27</sup> Sur la preuve en matière pénale et les questions qui y sont liées : BÉNÉDICT J., *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1994, pp. 29-48 ; CORNU P., «Présomption d'innocence et charge de la preuve», in : *Revue jurassienne de jurisprudence*, Porrentruy 2004, pp. 25-75 ; PIQUERET G., «La preuve pénale : présentation générale», in : *Revue jurassienne de jurisprudence*, Porrentruy 2004, pp. 7-23 ; PIQUERET G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, pp. 425-520.

<sup>28</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2005 1057-1372, p. 1161.

<sup>29</sup> Art. 140 CPP et CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2005 1057-1372, p. 1162.

<sup>30</sup> Dans le même sens s'agissant des prises de vues : LEGLER T., *Vie privée, image volée : la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*, Thèse, Berne 1997, pp. 201-202.

La recherche de preuves doit toutefois respecter certains principes de base de la procédure pénale, tels que la légalité formelle, la loyauté et les droits de la défense. Premièrement, la procédure pénale, et donc la recherche de preuves, sont soumises à la suprématie de la loi. Le respect du principe de la légalité formelle s'impose à tous les acteurs du procès pénal, soit aux agents de l'autorité chargés de recueillir les preuves, mais également aux particuliers qui souhaitent produire des preuves devant le juge répressif<sup>31</sup>.

Deuxièmement, le caractère impartial du procès impose que la recherche et la production de preuves soient loyales, ce qui exclut l'utilisation de la provocation policière ou le recours à la ruse par le juge, de même que la production de preuves obtenues de manière irrégulières ou illégales<sup>32</sup>.

Finalement, l'administration des preuves doit respecter les droits de la défense, notamment l'égalité des armes. Elle doit revêtir un caractère équitable et être administrée contradictoirement<sup>33</sup>.

### **3.3. Les preuves recueillies légalement**

A la différence des mesures de surveillance ordonnées dans le cadre de l'instruction pénale et soumises notamment aux art. 269 ss CPP, le résultat de mesures de surveillance privées n'a pas pour vocation première d'être incorporé dans une procédure pénale. Lorsque c'est le cas, c'est souvent à l'initiative d'une partie à la procédure qui souhaite en maîtriser le résultat et décider à la fin de la surveillance si elle la produira ou non. Lorsque la surveillance existait déjà au moment de l'infraction, la production des résultats est très souvent requise par les autorités judiciaires ou policières.

Ces preuves peuvent être spontanément remises par une partie ou exigées par la police ou l'autorité judiciaire. Dans le premier cas, singulièrement lorsque le prévenu veut démontrer son innocence ou que le plaignant veut démontrer la culpabilité du prévenu, le CPP n'impose pas de règles particulières. Le dépôt de pièces ne soulève en soi pas de problèmes, seule devra être vérifiée la légalité de l'obtention des pièces déposées. On constate malheureusement dans la pratique que la police et le juge ne se préoccupent pas tant de la provenance des pièces qui leur sont utiles.

---

<sup>31</sup> PIQUEREZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, pp. 434 et 455.

<sup>32</sup> PIQUEREZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, pp. 434-455 et 454-455.

<sup>33</sup> PIQUEREZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, p. 435 ; VERNIORY J.-M., *Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal*, Etudes de droit suisse, Stämpfli, Berne 2005.

Lorsque le juge ou la police sollicite des pièces, d'office ou sur requête de l'une des parties, ils doivent respecter les règles régissant l'obtention de ces pièces. La plupart du temps, les résultats de surveillance sont obtenus par le biais d'un séquestre. La perquisition de documents et d'enregistrements est régie par les art. 246 ss CPP. L'art. 246 CPP dispose que les documents écrits, les enregistrements audio, vidéo et d'autre nature, les supports informatiques ainsi que les installations destinées au traitement et à l'enregistrement d'informations peuvent être soumis à une perquisition lorsqu'il y a lieu de présumer qu'ils contiennent des informations susceptibles d'être séquestrées. L'art. 263 CPP permet de séquestrer des objets appartenant au prévenu ou à des tiers s'il est probable qu'ils seront utilisés comme moyens de preuves.

Le Code de procédure ne prévoit pas de règles différentes selon que les éléments séquestrés sont de provenance légale ou illégale. En revanche, l'art. 264 CPP garantit le respect du secret de la correspondance entre le prévenu et son défenseur, ainsi que les objets, la correspondance et les documents qui proviennent de relations établies entre le prévenu et une personne ayant le droit de refuser de témoigner. Celui qui détient des objets qui doivent être séquestrés est soumis à l'obligation de dépôt, sauf le prévenu et les personnes qui ont le droit de refuser de témoigner, ainsi que les entreprises si le fait d'opérer un dépôt reviendrait pour elle à s'auto-incriminer (art. 265 CPP).

Si des preuves illégales sont séquestrées légalement, leur exploitation dans le cadre de la procédure pénale doit être examinée en s'inspirant des art. 140 ss CPP notamment.

## **4. Les preuves recueillies illégalement**

### **4.1. Les preuves exploitables**

Le futur Code de procédure pénale a repris la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral et distingue différents cas d'illégalité et y attribue des conséquences différentes<sup>34</sup>. Contrairement à ce que l'on peut imaginer de prime abord, une preuve illégale n'est pas automatiquement nulle et

---

<sup>34</sup> Cette jurisprudence est contestée par une partie de la doctrine. Pour un état des avis : l'ATF 131 I 272, 280, X., du 3 mai 2005 et RUCKSTUHL N., «*Rechtswidrige Beweise erlaubt*», Plädoyer 2006, vol. Beilage 6, p. 17 et les références citées. Sur la notion de l'illégalité de la preuve : BÉNÉDICT J., *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1994, pp. 20-22 ; FORNITO R., *Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess*, Thèse de doctorat, St-Gall 2000, pp. 3-7.

inutilisable. Ainsi, la simple violation de prescriptions d'ordre dans l'administration des preuves n'empêche pas leur utilisation (art. 140 al. 3 CPP). De telles preuves illégales sont donc exploitables.

#### **4.2. Les preuves inexploitable car issues de méthodes interdites**

L'art. 141 al. 1 CPP consacre une interdiction absolue d'exploiter deux catégories de preuves, à savoir celles obtenues par des méthodes interdites et celles que le CPP mentionne comme inexploitable. Parmi les méthodes interdites, on trouve 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 (art. 140 CPP). Certains auteurs estiment néanmoins que le droit de l'inculpé de prouver son innocence ne doit connaître aucune restriction de principe et que les preuves à décharge devraient toujours être admises<sup>35</sup>. L'interdiction doit pourtant être absolue pour les méthodes prohibées, comme le prévoit expressément le CPP, et cela que la preuve soit recueillie par l'autorité ou par un privé, et même si le prévenu y consent. Permettre au prévenu d'accepter ces méthodes reviendrait à exercer sur lui une contrainte indirecte, puisqu'un refus de sa part serait interprété comme un élément suspect<sup>36</sup>. Ces méthodes portent en outre atteinte au noyau dur de plusieurs droits fondamentaux, parmi lesquels la garantie du respect de la dignité humaine.

#### **4.3. Les preuves déclarées inexploitable par le CPP**

La seconde catégorie de preuves inexploitable contient celles que le CPP cite comme telles. Il s'agit des preuves qui auraient été administrées en violation du droit de participer à l'administration des preuves et qui ne sont pas exploitables à la charge de la partie qui n'était pas présente (art. 147 CPP), des déclarations faites sous couvert d'anonymat si le Tribunal des mesures de contrainte a refusé son approbation (art. 150 CPP), des premières auditions effectuées sans avoir informé le prévenu de ses droits (art. 158 CPP), de l'audition d'un témoin qui n'a pas été informé de son droit de refuser de témoigner et qui fait valoir ultérieurement ce droit (art. 177 CPP),

---

<sup>35</sup> BÉNÉDICT J., *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1994, pp. 237-238 ; HAUSER R. / SCHWERI E. / HARTMANN K., *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2005, p. 285 ; PIQUEREZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, pp. 461-462.

<sup>36</sup> Art. 140 al. 2 CPP, CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2005 1057-1372, p. 1162 ; PIQUEREZ G., «*La preuve pénale: présentation générale*», *Revue jurassienne de jurisprudence*, Porrentruy 2004, p. 19.

des informations couvertes par le secret professionnel lorsqu'une personne autre que le détenteur du secret est surveillée (art. 271 CPP), des informations recueillies lors d'une surveillance non autorisée de la correspondance ou lors de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (art. 277 CPP)<sup>37</sup>, et des informations recueillies lors d'une investigation secrète non autorisée (art. 289 CPP).

Dans ce cas, on peut admettre les preuves à décharge lorsque la règle violée a pour but de protéger le prévenu, mais il faut faire preuve de plus de réserve lorsque les intérêts de tiers sont en jeu, par exemple des informations couvertes par le secret professionnel. Au surplus, la qualité et la fiabilité de la preuve obtenue illégalement sont souvent faibles<sup>38</sup>.

#### 4.4. Les preuves relativement inexploitable

Entre la violation de simples prescriptions de forme et les méthodes interdites, on trouve les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales. Elles ne sont en principe pas exploitables (art. 141 al. 2 CPP). Cette interdiction est relative, car l'exploitation de ces preuves est autorisée si elle est indispensable pour élucider des infractions graves, que les preuves soient à charge ou à décharge<sup>39</sup>. Le TF estime que l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement est inadmissible s'il était impossible de se la procurer par un moyen conforme au droit<sup>40</sup>. Si la preuve pouvait être recueillie de manière conforme au droit, il faut alors procéder à une pesée des intérêts en présence, soit d'une part l'intérêt de l'Etat à ce que le soupçon concret soit confirmé ou infirmé, et d'autre part l'intérêt légitime de la personne concernée à la sauvegarde de ses droits personnels<sup>41</sup>. Autrement dit, plus les faits reprochés sont graves, plus l'intérêt de l'Etat à la découverte de la vérité prend le pas sur l'intérêt privé du prévenu à ce que la preuve illégale ne soit pas utilisée<sup>42</sup>. En pratique, la pesée des intérêts a presque toujours lieu en faveur de la poursuite pénale et au détriment du prévenu<sup>43</sup>. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle se contente de contrôler si le procès est, dans son

---

<sup>37</sup> Que l'autorisation ait été refusée ou qu'elle n'ait pas été demandée. En matière de surveillance, voir le chapitre 4.7.

<sup>38</sup> Sur le risque d'altération de la preuve et de déclarations fausses: RUCKSTUHL N., *«Rechtswidrige Beweise erlaubt»*, Plädoyer 2006, Vol. Beilage 6, p. 20.

<sup>39</sup> CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2005 1057-1372, p. 1163.

<sup>40</sup> ATF 96 I 437, 441, von Däniken, du 4 novembre 1970.

<sup>41</sup> ATF 109 Ia 244, 246, X. (Schenk), du 7 septembre 1983.

<sup>42</sup> ATF 131 I 272, 279, X., du 3 mai 2005.

<sup>43</sup> VETTERLI L., *«Bemerkungen zur BGE IP.51/2007»*, Forum poenale 2008 (2), p. 85.

ensemble, équitable et que la condamnation ne repose pas exclusivement sur une preuve illégale<sup>44</sup>.

La lettre de l'art. 141 CPP ne mentionne pas le fait que la preuve aurait pu être obtenue de manière légale, mais se limite à mentionner qu'elle est admissible si son exploitation est indispensable pour élucider des infractions graves. Il conviendra de voir comment la jurisprudence applique cette disposition, mais il n'est pas impossible que les tribunaux se contenteront désormais d'accepter d'autant plus aisément les preuves illégales que l'infraction est grave, sans vérifier si la preuve pouvait être recueillie légalement.

Cette admissibilité des preuves illégales est inquiétante, car elle peut représenter une tentation pour l'autorité policière de procéder illégalement et obtenir ainsi les preuves nécessaires, qui seront ensuite admises malgré leur illégalité formelle. Alors que si elle procédait selon le CPP, elle ne pourrait les obtenir. Le TF écarte ce risque d'un revers de main en rappelant que les preuves ne seraient pas admises en cas de violation systématique des prescriptions légales ou d'une atteinte grave<sup>45</sup>. Ce risque peut en revanche être écarté pour les preuves expressément déclarées inexploitable par le CPP.

#### **4.5. Les preuves recueillies par des privés**

Le CPP ne règle pas la question des preuves obtenues illégalement par des privés. On doit admettre, comme exposé précédemment, que les preuves obtenues par des méthodes illégales sont inexploitable également si elles sont obtenues par des privés. Il doit en être de même pour les preuves déclarées inexploitable par le CPP, car il s'agit de domaines où l'Etat seul a la compétence d'obtenir de telles preuves.

Pour le reste, aucune règle claire ne ressort de la doctrine et de la jurisprudence. La poursuite de l'acte illégal doit être distinguée du sort réservé aux preuves ainsi obtenues. A première vue, les preuves obtenues de manière illégale par les privés ne doivent pas être prises en compte dans le cadre de la procédure pénale<sup>46</sup>. L'interdiction d'exploiter certaines preuves recueillies illégalement vaut autant pour les privés que pour les organes de l'Etat<sup>47</sup>. Une réserve doit être faite lorsque celui qui a obtenu la preuve

---

<sup>44</sup> Schenk c. Suisse, arrêt du 12 juillet 1988, série A, n° 140.

<sup>45</sup> ATF 1P.51/2007 du 24 septembre 2007, consid.3.5.6.

<sup>46</sup> PIQUEREZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, p. 461; SCHMID N., *Strafprozessrecht eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, Schulthess, Zurich 2004, p. 202.

<sup>47</sup> FORNITO R., *Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess*, Thèse de doctorat, St-Gall 2000, pp. 294-296.

illégalement ne l'a pas fait dans le seul but de convaincre l'auteur de l'infraction, mais surtout aux fins de se prémunir de celle-ci ou pour empêcher dans l'urgence la destruction d'un moyen de preuve<sup>48</sup>. Mais la doctrine semble admettre les preuves recueillies illégalement si elles auraient pu l'être légalement par l'autorité et en procédant à une pesée d'intérêts<sup>49</sup>. On retrouve alors les conditions applicables aux preuves relativement exploitables. Quant à la pratique actuelle des autorités de poursuite pénale, il semble bien que ne celles-ci ne se posent pas la question de la légalité des preuves récoltées, au-delà du respect des règles qui s'imposent à elles. Dans les faits, les preuves illégales du fait d'un comportement privé sont donc régulièrement admises.

Admettre une preuve illégale parce qu'elle aurait pu être recueillie légalement ne paraît admissible que si les conditions dans lesquelles la preuve a été recueillie sont les mêmes. Ça n'est pas le cas si la personne surveillée devait être rendue attentive préalablement à l'existence de la surveillance ou au refus de témoigner, etc., puisque son comportement, et partant la preuve obtenue, pourraient être différents.

#### **4.6. Le sort de la preuve inexploitable**

Si un moyen de preuve n'est pas exploitable, l'ensemble des pièces qui s'y réfèrent sont retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites. Les autres preuves obtenues grâce à la preuve déclarée inexploitable seront également inexploitables si la première preuve était la condition *sine qua non* pour obtenir la seconde<sup>50</sup>.

#### **4.7. En matière de surveillance**

L'art. 277 CPP prévoit que les résultats d'une surveillance non autorisée ne peuvent pas être exploités, et ce de manière absolue. C'est le cas si

---

<sup>48</sup> Théorie de l'état de nécessité ou de la légitime défense dans le domaine de la preuve (art. 15 et 17 CP), voir notamment : BÉNÉDICT J., *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1994, pp. 231-232 ; PIQUERAZ G., *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, Zurich 2006, p. 461.

<sup>49</sup> BÉNÉDICT J., *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1994, pp. 230-233 ; HAUSER R. / SCHWERI E. / HARTMANN K., *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2005, pp. 281-286 ; SCHMID N., *Strafprozessrecht eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, Schulthess, Zurich 2004, pp. 202-203.

<sup>50</sup> Art. 141 CPP, CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2005 1057-1372, pp. 1163-1164. Sur la situation sous l'ancien droit : BÉNÉDICT J., *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Ed. Pro Schola, Lausanne 1994, pp. 239-250.

l'autorisation n'a pas été accordée, si elle n'a pas été demandée, ou encore si elle n'a pas été prolongée<sup>51</sup>. Cela concerne uniquement la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications, l'obtention de données relatives au trafic, à la facturation et à l'identification des usagers, ainsi que l'utilisation d'autres dispositifs techniques de surveillance<sup>52</sup>. Les autorités de poursuites bénéficient dans ces domaines de pouvoirs exclusifs et une surveillance mise en place par des privés ne pourrait évidemment pas être autorisée par le Tribunal des mesures de contrainte. A mesure que les résultats d'une surveillance non autorisée ne sont pas exploitables, ils ne pourront pas être pris en compte par l'autorité, même si la police aurait pu obtenir l'autorisation nécessaire.

Les informations obtenues dans le cadre d'une observation ou d'une surveillance des relations bancaires ne font pas partie des preuves citées comme inexploitables. Elles peuvent être utilisées si elles sont indispensables pour élucider des infractions graves. Les particuliers ont donc dans ces domaines-là la possibilité de produire de manière utile des informations dans le cadre d'une procédure pénale.

Les installations de vidéosurveillance par exemple qui sont installées de manière légale dans des lieux publics ou accessibles au public ne sont pas des autres dispositifs techniques de surveillance au sens des art. 280 ss CPP. Si l'installation est légale, les preuves seront versées au dossier en application des règles sur le dépôt de pièces ou du séquestre.

Si l'installation est illégale, en ce sens qu'elle est contraire à une règle de la LPD, du CC ou encore du CP, il semble qu'il faille procéder à une pesée d'intérêts et voir si la preuve aurait pu être obtenue légalement, dans le cadre d'une observation par exemple. La pratique policière et judiciaire actuelle est en revanche d'admettre systématiquement ces preuves. Une des premières démarches de la police lorsqu'elle enquête sur une infraction est d'ailleurs de saisir toutes les images de vidéosurveillance disponibles, sans se soucier de la légalité des installations. Une telle démarche peut se justifier à titre conservatoire pour éviter que les données ne soient perdues, par exemple si elles sont automatiquement effacées après un certain nombre d'heures ou de jours. Ces preuves ne devraient cependant jamais être exploitées avant que leur légalité ne soit établie.

A notre sens ces images devraient être inexploitables lorsque l'installation est illégale, sans quoi la protection de la sphère privée et des droits

---

<sup>51</sup> ATF 131 I 272, 281, X., du 3 mai 2005 ; HANSJAKOB T., *BÜPF/VÜPF: Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs*, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2006, pp. 250-253.

<sup>52</sup> Art. 281 al. 4 CPP.

fondamentaux en général n'aurait plus de sens. Il n'est pas envisageable que l'autorité recourt systématiquement à des installations illégales, qu'elle ne pourrait souvent pas mettre en place légalement de manière permanente<sup>53</sup>.

## 5. Conclusion

La surveillance privée n'est actuellement pas réglementée comme telle en Suisse, mais elle doit néanmoins respecter plusieurs normes juridiques assurant la protection de la sphère privée notamment. Cette situation n'est pourtant pas satisfaisante et mérite d'être clarifiée, en particulier parce que les conditions strictes imposées aux autorités policières et judiciaires devraient également s'appliquer aux privés.

Les résultats des mesures de surveillance privées, qu'elles soient légales ou non, peuvent servir à des buts très variés. Le CPP ne règle pas l'admissibilité des preuves illégales obtenues par des particuliers. Certaines ne peuvent jamais être légales et doivent toujours être écartées, notamment parce qu'il s'agit de méthodes interdites (recours à la violence, méthodes restreignant la faculté de penser et le libre arbitre,...) ou réservées à la compétence étatique et soumises à autorisation judiciaire préalable (surveillance de la correspondance, écoutes téléphoniques, dispositifs techniques de surveillance,...). Quant aux preuves obtenues de manière illégale, mais qui auraient pu l'être de manière légale, il y a le plus souvent lieu de les écarter également. Les admettre reviendrait à légaliser *a posteriori* un comportement contraire au droit, mais également à inciter la police à recourir à des méthodes de surveillance privée pour avoir ce qu'elle ne pourrait pas obtenir de manière légale.

---

<sup>53</sup> L'observation est limitée dans le temps et soumise à autorisation du ministère public lorsqu'elle dépasse un mois (art. 282 CPP).