UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Présentation / Intervention 2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les preuves illicites : évolution jurisprudentielle en droit pénal, civil et administratif

Hirsch, Célian

How to cite

HIRSCH, Célian. Les preuves illicites : évolution jurisprudentielle en droit pénal, civil et administratif. In: Conférence du Jeune Barreau de l'Ordre des avocats de Genève. Genève. 2022.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160238

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Les preuves illicites

Évolution jurisprudentielle en droit pénal, civil et administratif

Célian Hirsch, avocat, chargé d'enseignement et assistant-doctorant

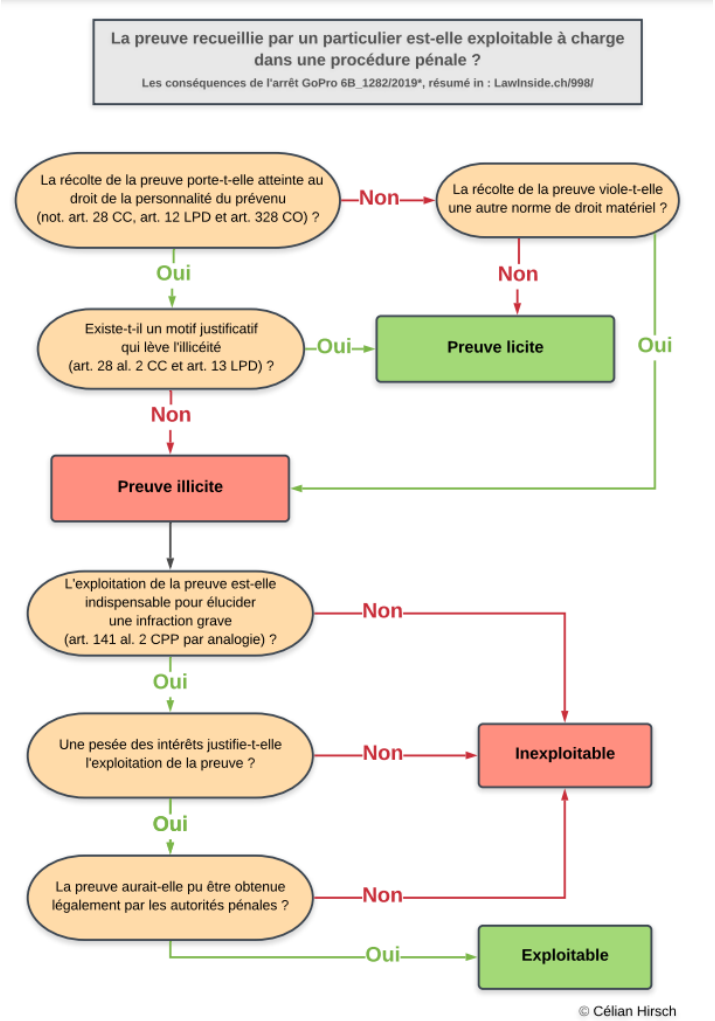
Avec l'aide de Chloé Dufresne, BLaw, LL.M. (King's College London)

CENTRE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER www.cdbf.ch

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Droit pénal

Le schéma



Droit pénal

Base légale (pour les autorités pénales) et jurisprudence

***Art. 141 al. 2 CPP* (Exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement)**

Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité ***par les autorités pénales*** *ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des* ***infractions graves****.*

La loi pénale ne règle pas, de manière explicite, la situation dans laquelle de telles preuves [qui ont été administrées d'une manière illicite] ont été recueillies ***non par l'Etat mais par un particulier****. Selon la jurisprudence, ces preuves ne sont exploitables que si, d'une part,* ***elles auraient pu être recueillies licitement par les autorités pénales*** *et si, d'autre part, une pesée des* ***intérêts en présence plaide pour une exploitabilité****.*

Arrêt du Tribunal fédéral 6B_53/2020 du 14 juillet 2020, consid. 1.1

Notion de preuve illicite

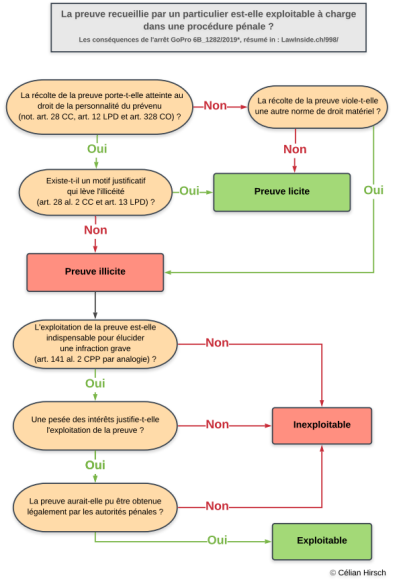
Dashcam (ATF 146 IV 226, résumé *in* LawInside.ch/837/)

- Une *Dashcam* (caméra embarquée) enregistre un dépassement illicite par la droite (art. 90 al. 2 LCR *cum* art. 12 al. 1 OCR). L'automobiliste maintient ensuite une distance insuffisante (art. 90 al. 2 LCR *cum* art. 8 al. 3 OCR).
  - Condamné en instance cantonale à une peine pécuniaire avec sursis de 110 jours-amende à CHF 150.- et d'une amende de CHF 4'000.- (**preuve illicite, mais exploitable**).

- Une preuve recueillie à l'aide d'une *Dashcam* est-elle **licite** ?
  - Tout traitement de données doit respecter les principes prévus par l'art. 4 LPD et notamment le principe de **reconnaissabilité** (art. 4 al. 4 LPD).
  - Un traitement de données qui viole l'un de ces principes est **réputé** constituer une **atteinte illicite** à la personnalité de la personne concernée par le traitement (art. 12 al. 2 let. a LPD).
  - L'art. 13 LPD prévoit les **motifs** justifiant l'atteinte : consentement, intérêt privé ou public prépondérant ou prévu par la loi.

- Au regard du droit procédural, l'existence d'un éventuel **motif justificatif** ne saurait lever le caractère illicite de la preuve qui a été récoltée par un particulier en portant atteinte au droit de la personnalité.
  - L'art. 13 LPD (motifs justificatifs) ne serait ainsi pas applicable.
    - Preuve **illicite**

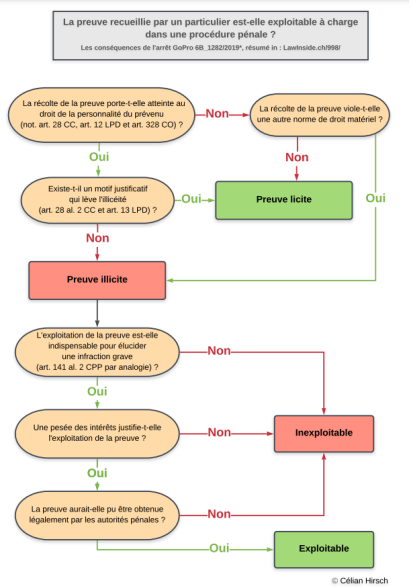
- Dans une procédure pénale, une preuve recueillie de manière illicite par un particulier n'est exploitable que pour élucider des **infractions graves** (**application par analogie de l'art. 141 al. 2 CPP**).
  - En l'espèce, il ne s'agit que de **contraventions et des délits**, lesquelles ne sont **pas** des **infractions graves** au sens de l'art. 141 al. 2 CPP.
    - Preuve **inexploitable**



Notion de preuve illicite

GoPro (ATF 147 IV 16, résumé *in* LawInside.ch/998/ et swissprivacy.law/41/)

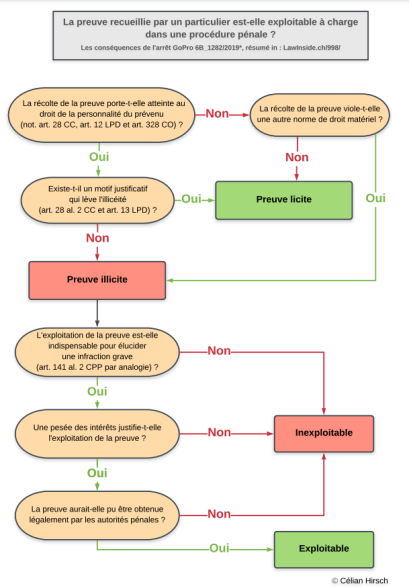
- Une personne conduisant une trottinette électrique filme avec sa GoPro une manœuvre dangereuse à son encontre d'un automobiliste (art. 90 al. 1 et 2 LCR).
  - Condamné en instance cantonale à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 30.- le jour, ainsi qu'à une amende de CHF 3'000.- (la question de la licéité de la preuve n'est pas abordée).
- La vidéo capturée à l'aide de la GoPro n'était **pas reconnaissable**. Elle viole donc le principe de reconnaissabilité (art. 4 al. 4 LPD).
- Revirement de la jurisprudence *Dashcam* : lorsqu'une preuve est recueillie en violation de la personnalité, **les motifs justificatifs peuvent la rendre licite** (art. 13 LPD ou art. 28 al. 2 CC)
  - Il n'appartient pas aux particuliers de se substituer à l'État dans ses tâches de police (« Il faut éviter de jouer à l'apprenti shérif »).
  - Les motifs justificatifs (art. 13 LPD) sont admis avec retenue.
    - Preuve **illicite**
- Conformément à la jurisprudence *Dashcam*, pour que la preuve soit exploitable, il doit nécessairement s'agir d'une **infraction** grave (art. 141 al. 2 CPP par analogie).
  - En l'espèce, l'infraction n'atteint pas le niveau de gravité suffisant.
    - Preuve **inexploitable**.
  - Pour une analyse détaillée et convaincante, cf. BURGENER Fabio, Us et abus de la Dashcam, Circulation routière 3-2021, p. 57 ss



Infraction grave

L'émeutier distributeur de tracts (ATF 147 IV 9, résumé *in* LawInside.ch/974/)

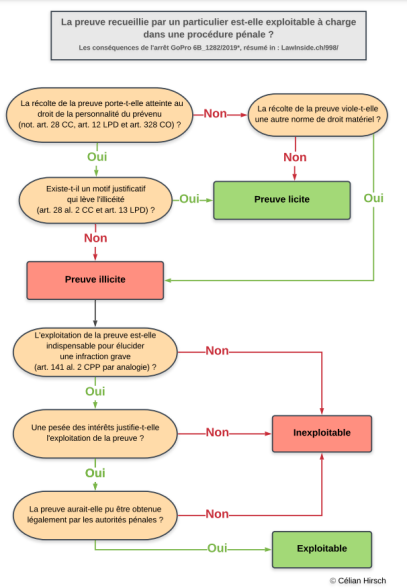
- Une manifestation non autorisée d'environ 300 personnes provoque divers dommages à la propriété dans la ville de Berne (art. 260 CP). Pendant la manifestation, un participant est enregistré par des caméras de surveillance (non visible) **d'un hôtel** alors qu'il **distribue des tracts**.
  - Reconnu coupable, mais aucune peine ne lui est infligée (art. 52 CP) (preuve illicite, mais exploitable).
- Afin de déterminer si une infraction est grave, il importe d'évaluer les circonstances du cas concret. Ce n'est donc pas la sanction abstraite, mais la **gravité de l'infraction du cas concret qui est déterminante**.
  - Le fait que l'émeute soit qualifiée de délit (art. 260 al. 1 CP *cum* art. 10 al. 3 CP) n'est pas à lui seul suffisant pour déterminer si, dans le cas d'espèce, il y a lieu de retenir une infraction grave au sens de l'art. 141 al. 2 CPP.
  - Pour examiner si l'émeute doit être qualifiée d'infraction grave au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, l'étendue du comportement individuel du participant à l'émeute n'est pas déterminante.
  - Au contraire, il faut prendre en compte les circonstances de la manifestation.
  - Preuve **illicite**, mais **exploitable**
- L'émeutier n'a pas contesté que les **autorités pénales auraient pu obtenir** ces enregistrements de manière licite.



Infraction grave

La synagogue bâloise (TF, 21.12.2020, 6B_1288/2019, résumé *in* LawInside.ch/1021/)

- Un **automobiliste viole un signal « cédez le passage »** sans apercevoir une cycliste qui bénéficiait de la priorité. Celle-ci est contrainte d'effectuer une manœuvre abrupte afin d'éviter la collision ce qui lui engendre des douleurs dans le dos et au pied gauche. Cet incident est filmé grâce à une **caméra de surveillance** installée par la synagogue de la communauté juive de Bâle.
  - Condamné en instance cantonale à 15 jours-amende à CHF 160.- avec sursis (art. 90 al. 2 LCR) (preuve licite).
- La synagogue a installé sa vidéosurveillance après discussion avec la police. Cela étant, elle n'a pas adopté de règlement, et encore moins soumis celui-ci au Préposé cantonal, contrairement à ce que la loi cantonale impose.
  - Preuve **illicite**.
- L'automobiliste a simplement manqué à son devoir de respecter un signal « cédez le passage ». Il n'y a eu aucune collision. La cycliste n'a pas été victime de lésions corporelles simples (art. 123 CP). Il ne s'agit **pas d'une infraction grave** au sens de l'art. 141 al. 2 CPP.
  - Preuve **inexploitable**
- Incohérence avec l'arrêt de l'émeutier distributeur de tracts ?
  - Pour l'émeutier, on prend en compte les circonstances de la manifestation, alors que pour le cycliste, on semble se limiter à l'absence de résultat.

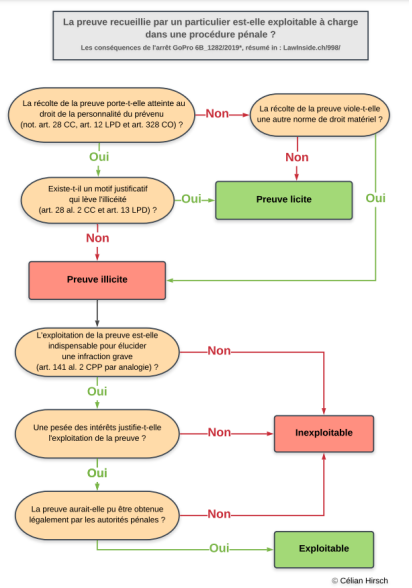


Soupçons préalables

Le policier peu commode (TF, 14.07.2020, 6B_53/2020, résumé *in* LawInside.ch/955/)

- Toi maintenant tu t'en vas. Si tu reviens ici, tu es mort.
– Tu es mort, si tu reviens ici. Compris ?
– Ne ris pas. Tu as cassé chez des amis à moi. Tu as volé chez des amis à moi. Tu as de la chance d'être chez la police et que je ne peux pas te taper. Si je te vois dehors, je te tranche la gorge, je te tape. Compris ?
– Pas espérons, je te tue. Je t'amène dans les caves et on te tabasse à mort.
– Géorgien de merde. Tu as de la chance d'être ici. OK ?

- Dans le cadre d'une enquête, un poste de travail d'un policier est perquisitionné. Il y est découvert une vidéo montrant l'un de ses collègues s'adressant en italien à un détenu.
  - Condamné en instance cantonale à une peine pécuniaire avec sursis de 60 jours-amende à CHF 170 le jour (preuve illicite, mais exploitable)
- Une mesure technique de surveillance (art. 269 ss CPP) permet d'enregistrer une vidéo telle que celle du cas d'espèce. Une telle mesure n'est néanmoins licite **que s'il existe de « graves soupçons » contre le prévenu** (art. 269 al. 1 let. a CPP).
- Or, en l'espèce, il ne ressort pas du dossier qu'au moment où l'enregistrement a été réalisé, de tels soupçons existaient. Le Ministère public n'aurait ainsi **pas pu mettre en place une mesure de surveillance** à l'époque de l'enregistrement de la vidéo.
  - Preuve **illicite et inexploitable**
- **Approche concrète** (et non abstraite) de l'existence de soupçons suffisants



Bref aspect procédural

L'arnaqueur aux assurances (TF, 27.11.2021, 1B_485/2021, résumé *in* LawInside.ch/1139/ et crimen.ch/65/)

- Un prévenu est soupçonné d'avoir astucieusement induit en erreur ou tenté d'induire en erreur quatre assurances dans le but d'obtenir des prestations indues pour environ CHF 50'000.-. Il lui est en particulier reproché d'avoir mis en scène au moins 22 accidents de la circulation routière et procédé à de **fausses déclarations de sinistre**.

- Lors de l'enquête, **la police contacte par téléphone une personne domiciliée en France** et impliquée dans les accidents. Celle-ci indique que les accidents l'impliquant avec le prévenu sont des faux accidents.
  - Le prévenu **conteste** la validité de ce témoignage par téléphone obtenu en violation des règles de forme et de son droit de participer à l'administration des preuves. Le Ministère public **refuse** de retirer du dossier le rapport de police.
  - La Chambre pénale de recours considère que, pendant l'instruction préparatoire, le prévenu ne dispose pas d'intérêt juridiquement protégé (au sens de l'art. 382 al. 1 CPP) à obtenir le retrait immédiat du dossier de déclarations à la police lorsque le recours ne porte pas sur une violation de l'art. 140 CPP. Le recours est ainsi **irrecevable**.

- Sauf exception prévue expressément par la loi (dont ne fait pas partie le refus de retirer une pièce du dossier), **toutes les décisions de procédure doivent être susceptibles de recours**. Cela comprend les ordonnances du ministère public par lesquelles ce dernier refuse de retirer du dossier des moyens de preuve prétendument inexploitables sont sujettes à recours.
  - Un **certain degré de retenue** peut toutefois être approprié selon les circonstances, notamment lorsque le litige porte sur des preuves relativement inexploitables au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, en particulier s'il convient de procéder à une pesée des intérêts et que le caractère inexploitable du moyen de preuve litigieux ne s'impose pas d'emblée.

Droit civil

Base légale et jurisprudence de base

***Art. 152 al. 2 CPC* (Droit à la preuve)**

Le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière ***illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.***

Conformément à l'art. 152 al. 2 CPC, la preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière ***restrictive****. Le juge doit en particulier procéder à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité.*

ATF 140 III 6, consid. 3.1

Droit civil

Le courrier d'avocat sous les réserves (ATF 140 III 6)

- Un avocat genevois produit un courrier de l'avocat de la partie adverse, reçu dans le cadre de pourparlers transactionnels, portant la mention « **SOUS LES PLUS EXPRESSES RÉSERVES D'USAGE** ». Ce courrier est intégralement caviardé sauf l'indication que la partie adverse est prête à **renoncer à invoquer l'exception de prescription**. L'avocat genevois a préalablement obtenu **l'autorisation** de produire ce document de la part du **Bâtonnier**.
  - Le Tribunal de première instance exploite la preuve, alors que la Cour de justice la déclare **inexploitable**.
- Le non-respect d'une clause de confidentialité et **l'utilisation en procédure** du contenu de pourparlers transactionnels constituent une violation de l'obligation résultant de l'art. 12 let. a LLCA.
  - Preuve **illicite**
- Dans une cause de nature **patrimoniale** soumise à la **maxime des débats** comme celle opposant les parties, l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle, résultant prétendument du moyen de preuve illicite, ne saurait prévaloir face à l'intérêt public au **respect strict de la règle de la confidentialité** (art. 152 al. 2 CPC).
  - Preuve **inexploitable**

Droit civil

L'avocat-témoin (TF, 17.12.2018, 4A_313/2018, résumé *in* LawInside.ch/765/)

- Dans le cadre d'une procédure civile intentée par un avocat genevois contre une ancienne mandante, le Tribunal de première instance de Genève procède à l'audition de deux co-conseils italiens. La mandante **ne libère pas les avocats italiens de leur secret** et exige d'écarter leur témoignage.
  - Le Tribunal de première instance refuse d'écarter les témoignages, car ils seraient nécessaires pour établir les faits.
  - La Cour de justice considère les témoignages comme **illicites** et considère que l'intérêt public au respect du secret professionnel prévaut (**inexploitables**).
- Si un témoin accepte de déposer en violation de son secret professionnel (art. 13 LLCA et art. 321 CP), il s'agit d'une preuve obtenue de manière **illicite**.
- En l'espèce, l'avocat ne dispose **pas d'un intérêt prépondérant** à la manifestation de la vérité (art. 152 al. 2 CPC).
  - Preuve **inexploitable**

Droit civil

Le courriel de l'employé à son avocat (TF, 24.06.2021, 4A_633/2020, résumé *in* LawInside.ch/1090/)

- Une société fiduciaire engage une employée. L'actionnaire fondateur et l'employée entrent en litige concernant une commission de courtage. L'actionnaire prétend qu'il a droit à 40% de la commission, ce que l'employée conteste. Devant les instances judiciaires zurichoises, **l'actionnaire produit un courriel envoyé par l'employée à son avocat depuis l'adresse professionnelle de la société.**
  - Le *Bezirksgericht* de Horgen ne prend pas en considération ce moyen de preuve puisqu'il aurait été obtenu de manière **illicite**.
  - L'*Obergericht* de Zurich relève que le courriel était dans un dossier **professionnel**, et non privé, de l'employé. Il n'était marqué ni comme personnel ni comme privé. Ce n'est qu'une fois que le courriel a été découvert que l'actionnaire s'est rendu compte de son caractère privé.
  - Preuve **licite**

- Il y a « obtention d'un moyen de preuve » au sens de l'art. 152 al. 2 CPC uniquement lorsque l'obtention est un acte **causal**, destiné à la **production** subséquente **de la preuve dans la procédure civile**.
  - En l'espèce, l'actionnaire serait tombé par hasard sur le courriel litigieux. **Il n'a donc pas été recueilli de manière illicite**.
  - Pour une critique de cet arrêt sous l'angle du secret d'avocat, cf. CHAPPUIS Benoît, E-mails de l'employé trouvés par l'employeur la protection du secret professionnel de l'avocat en question, Revue de l'avocat 2022 p. 35 ss

Droit civil

Les messages WhatsApp privés de l'employé (TF, 25.08.2021, 4A_518/2020, résumé *in* LawInside.ch/1103/)

- Suite à son licenciement, un employé remet à son employeur son téléphone professionnel après l'avoir préalablement réinitialisé. Dans le cadre de la procédure prud'hommales, l'employeuse se défend en produisant notamment des **courriels intimes** que l'employé avait échangés via sa **messagerie électronique professionnelle** avec une collègue intimement liée à lui, ainsi que **des extraits de conversations WhatsApp privées** entre l'employé et ses proches ou des collègues. L'employeuse a notamment réussi à accéder au compte personnel iCloud de l'employé, protégé par un mot de passe, afin **de récupérer les données contenues dans le téléphone portable remis par l'employé**.
  - Alors que le Tribunal des prud'hommes genevois **admet** ces moyens de preuve, la Cour de justice les considère comme **illicites et inexploitables**.

- Les pièces produites ont été obtenues en portant **atteinte au droit de la personnalité** de l'employé (art. 328b CO et art. 4 al. 1 et 2 LPD) (cf. LawInside.ch/1098/).
  - Preuves **illicites**.

- Pesée des intérêts au sens de l'art. 152 al. 2 CPC .
  - « De ce florilège de motifs, plus ou moins sérieux, aucun ne fait osciller ne serait-ce que d'un iota la balance qui conduit à faire primer l'intérêt de l'employé ».
  - « [L]es données produites en justice étaient manifestement à caractère privé et l'employeuse, même avec toute l'ingénuité dont elle s'affuble en la circonstance, ne pouvait manquer de s'en apercevoir ».
    - Preuves **inexploitables**

Droit administratif

Aucune base légale, mais une solution jurisprudentielle

Il se justifie que la décision sur l'exploitabilité d'une preuve obtenue illégalement soit principalement déterminée par la ***pesée des intérêts entre les intérêts privés et publics*** *(cf. art. 152 al. 2 CPC).*

Traduction libre de l'ATF 143 I 377, consid. 5.1.1, résumé *in* LawInside.ch/498/

Droit administratif

L'employé CFF et les sites érotiques (ATF 143 II 443, résumé *in* LawInside.ch/485/)

- Un employé des CFF est licencié avec effet immédiat pour avoir consulté des sites internet érotiques (plus de 80 heures sur 17 jours de travail). Cette consommation importante a été découverte grâce à un programme informatique capable de reconnaître les sites internet dont l'utilisation est interdite et de déterminer quel employé y a accédé.
  - Le Tribunal administratif fédéral considère la preuve illicite, mais exploitable.

- Bien que les conditions pour procéder à une telle analyse nominale étaient remplies dans le cas d'espèce, l'autorité a omis d'**informer par écrit** la personne concernée, comme le requiert l'art. 57o al. 2 let. b LOGA, ainsi que de **demander son consentement** respectivement celui de la **direction** de l'organe fédérale (cf. art. 10 s. ordonnance sur le traitement des données personnelles liées à l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération).
  - Preuve **illicite**.

- Ni la PA ni la LPCF (applicable à titre subsidiaire par renvoi de l'art. 19 PA) ne contiennent des dispositions concernant l'exploitabilité de moyens de preuves obtenus illicitement.
  - Une interdiction de principe d'exploiter des moyens de preuves obtenus illicitement découle directement des art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 1 Cst.
  - L'exploitabilité n'est admise que si l'intérêt à la manifestation de la vérité prévaut sur l'intérêt au respect de la personnalité de l'intéressé…
  - …et que **la preuve aurait pu être recueillie hypothétiquement de manière licite**.

- En l'espèce, l'intérêt des CFF en tant qu'entreprise accomplissant une importante tâche publique d'éviter des abus de son infrastructure informatique prime sur celui de la protection de la personnalité de l'employé.
  - Preuve **exploitable**.

Droit administratif

La surveillance illicite de l'assuré (ATF 143 I 377, résumé *in* LawInside.ch/498/)

- Un assuré est au bénéfice d'une rente AI depuis février 2008. En novembre 2010, **l'office AI observe l'assuré pendant quatre jours en l'espace de deux semaines**. L'office décide ensuite de supprimer toute rente à l'assuré.
  - Cette décision est confirmée par le Tribunal administratif du canton de Zoug.
- Dans l'arrêt de la CourEDH Vukota-Bojić c. Suisse, n° 61838/10 (résumé *in* LawInside.ch/338/), la CourEDH a constaté que les bases légales en matière d'assurance-accident ne prévoient pas expressément la possibilité d'observer les assurés. Dès lors, les conditions d'ingérence dans la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH ne sont pas remplies.
  - En l'espèce, l'observation de l'assuré AI a donc été effectuée en violation de l'art. 8 CEDH et de l'art. 13 Cst.
    - Preuve **illicite**
- Comme en procédures pénale et civile, il se justifie que la décision sur l'exploitabilité d'une preuve obtenue illégalement soit principalement déterminée par **la pesée des intérêts entre les intérêts privés et publics**.
  - En l'espèce, l'administré n'a été observé que dans des lieux publics, sans avoir été influencé par le détective. Pour sa part, l'atteinte était relativement faible. L'intérêt public à éviter les abus à l'assurance est, quant à lui, considérable et prépondérant.
    - Preuve **exploitable**.
      - Cf. Célian Hirsch, Les observations illicites sont-elles exploitables ?, Jusletter 19 février 2018.

Droit administratif

La police cliente d'un salon de massage (Chambre administrative de la Cour de justice, 28.02.2017, ATA/240/2017)

- Suite à une dénonciation anonyme, des policiers genevois se font passer pour des clients auprès d'un salon de massage non déclaré. Or la gérante, absente au moment des faits, ne s'était ni déclarée à la brigade compétente ni ne disposait d'une autorisation de travail en Suisse. Le Département de la sécurité et de l'économie **ordonne la fermeture définitive du salon**.
  - La gérante soutient que les conditions de la recherche secrète (au sens du CPP) n'étaient pas remplies ce qui rendrait les preuves inexploitables

- La LPA ne règle pas le sort des preuves obtenues illégalement. Le Tribunal fédéral déduit du droit à un procès équitable **l'interdiction de principe** d'utiliser des preuves acquises illicitement. L'exclusion de tels moyens n'est toutefois pas absolue, le juge devant opérer une **pesée des intérêts en présence**.

- En l'espèce, en faisant passer pour des clients pour pouvoir entrer dans l'appartement qui abritait un salon de massages, **les policiers ont violé le principe de la bonne foi**. Ils ont par la même occasion **violé la protection de la sphère privée et familiale de la gérante**, détentrice de l'appartement en question et absente au moment des faits, ce qui exclut son éventuel consentement à ce que les policiers entrent chez elle.
  - Preuve **illicite**

- Les policiers auraient pu procéder au contrôle du salon de massages en se présentant comme tels, ce qu'ils n'ont pas fait. L'utilisation de moyens de preuves acquis en violation de la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande réserve.
  - Preuve **inexploitable** (141 CPP par analogie)

Conclusion

Contestez l'exploitabilité des preuves!

- Les preuves récoltées par des particuliers, lorsqu'elles contiennent des données personnelles (notion large), peuvent facilement être considérées comme **illicites**.
- Tant en procédure pénale, civile que administrative, la question de **l'exploitabilité** sera en particulier examinée **par une pesée des intérêts**.
  - En pénal, la preuve doit en plus concerner une infraction **grave**.
  - La question de l'obtention **hypothétique** de la preuve par l'autorité se pose en droit pénal, mais pas en droit civil (ni en droit administratif?).
- L'avocat qui produit **une preuve illicite** viole son devoir de **diligence** au sens de l'art. 12 let. a LLCA, à moins qu'il ait de bonnes raisons de penser qu'elle sera exploitable (ATF 144 II 473 consid. 5.1, résumé *in* LawInside.ch/670/).
- Une connaissance précise de la **jurisprudence** permettra aux praticiens de mieux contester l'exploitabilité des preuves.

Merci de votre attention