

## Exploitableté des preuves obtenues lors d'une *fishing expedition*

Arrêt TF 6B\_821/2021 (d) du 6 septembre 2023\*

Par Alexandre Guisan/Daniel Kinzer, le 4 janvier 2024

Les preuves obtenues lors d'une *fishing expedition* sont exploitables aux conditions de l'art. 141 al. 2 CPP, c'est-à-dire si l'intérêt public à l'élucidation d'une infraction grave prévaut sur l'intérêt privé à l'inexploitableté de la preuve, à tout le moins si le grief est soulevé dans un recours contre le jugement au fond.

### I. En fait

B est arrêté le 12 avril 2015 à 15h01 par la police alors qu'il venait de se faire « flasher » par un radar mobile en roulant à moto à une vitesse de 159 km/h (marge d'incertitude déduite) sur un tronçon limité à 80 km/h. Son téléphone portable est immédiatement saisi.

Le Ministère public lucernois donne oralement l'ordre de perquisitionner le domicile de B afin de chercher « des moyens de preuve de probables infractions supplémentaires à la LCR, soit des supports de données, des caméras du type GoPro et autres ». Cet ordre est ultérieurement confirmé par écrit.

La perquisition est effectuée le jour même à 16h30. Elle ne révèle pas des preuves à charge de B. En revanche, la police met la main sur un support de données contenant des enregistrements vidéo dont il ressort qu'A, le fils de B, semble avoir commis des infractions à la LCR à plusieurs reprises.

Une procédure pénale est alors ouverte contre A et le support de données est séquestré. Sur la base des enregistrements vidéo (il ne ressort pas de l'arrêt qu'il y a d'autres moyens de preuve ou qu'A aurait admis les infractions), ce dernier est finalement condamné par le Tribunal cantonal de Lucerne à une peine privative de liberté de 4 ans et huit mois et demi, une peine pécuniaire et une amende pour deux délits de chauffard (art. 90 al. 3 et 4 lit. b et c LCR), plusieurs violations graves des règles de la circulation (art. 90 al. 2 LCR) et une conduite sans permis (art. 95 al. 1 lit. b LCR).

A saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière pénale contre cet arrêt, concluant à son acquittement dès lors qu'il repose sur des preuves inexploitables, car obtenues de façon illicite. Selon lui, la perquisition du 12 avril 2015 était une *fishing expedition*.

### II. En droit

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord, de façon générale, que des mesures de contrainte ne peuvent être mises en œuvre que si elles sont prévues par la loi, reposent sur un soupçon

suffisant et sont proportionnées à la gravité de l'infraction (art. 197 al. 1 CPP). Des locaux et supports de données peuvent être perquisitionnés s'il est probable qu'on peut y trouver des preuves pertinentes à l'infraction poursuivie (cf. art. 244 al. 2 lit. b, 246 et 263 al. 1 lit. a CPP). Des objets découverts fortuitement lors d'une perquisition qui sont sans rapport avec l'infraction, mais qui laissent présumer la commission d'autres infractions, sont mis en sûreté (art. 243 al. 2 CPP). De telles découvertes fortuites peuvent ensuite être utilisées librement pour ouvrir une nouvelle procédure pénale et être exploitées dans celle-ci, à condition que la mesure initiale ait été licite. En revanche, lorsqu'une mesure de contrainte n'est pas fondée sur un soupçon suffisant, mais que l'autorité pénale recherche des preuves « au petit bonheur la chance », sans plan prédéfini, il s'agit d'une *fishing expedition* proscrite. En principe, les résultats d'une *fishing expedition* ne sont pas exploitables (ATF 139 IV 128, c. 2.1 ; ATF 137 I 218, c. 2.3.2 ; dernièrement : TF 6B\_335/2020 du 7.9.2020, c. 3.3.3). Par ailleurs, une simple supposition ou un soupçon général ne suffisent pas à justifier une perquisition domiciliaire (TF 6B\_897/2019 du 9.1.2020, c. 1.3.1) (c. 1.3.1 et 1.3.2).

En l'espèce, la perquisition conduite le 12 avril 2015 ne pouvait se justifier par le souci de trouver des preuves de l'infraction commise le jour même par B, le père du recourant. D'une part, le père, pris en flagrant délit, n'a pas pu se rendre chez lui pour y déposer des preuves avant d'être arrêté. Les objets qu'il avait sur lui ne permettaient pas non plus d'étayer l'hypothèse d'une transmission en *live* assortie d'un enregistrement sur un support de données qu'il avait chez lui. Dans ces circonstances, on ne voit guère en quoi les autorités ne disposaient pas déjà de toutes les preuves nécessaires contre B au moment où elles l'ont arrêté, même s'il n'était pas encore clair si B mettrait le résultat du contrôle de vitesse en doute (c. 1.4.1).

La perquisition ne pouvait pas non plus se justifier par la volonté de recueillir des preuves relatives à d'éventuelles infractions précédentes du même type commises par B. L'hypothèse de leur commission repose sur une simple supposition ou un soupçon général. Il n'est au demeurant pas prétendu que les autorités auraient eu connaissance d'antécédents topiques. La perquisition et le séquestre du 12 avril 2015 n'étaient donc pas admissibles (c. 1.4.1 et 1.4.2).

Ensuite, le Tribunal fédéral applique aux preuves recueillies dans ce cadre le régime de l'art. 141 al. 2 CPP, selon lequel les preuves administrées de manière illicite ou en violation de règles de validité ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves. En d'autres termes, il faut procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt public à la manifestation de la vérité et l'intérêt privé à l'inexploitabilité des preuves. Dans ce contexte, il ne faut pas se fonder sur des états de faits typiques ou sur la peine-menace, mais sur la gravité de l'acte concret (ATF 147 IV 9, c. 1.3.1 et 1.4.2 ; ATF 147 IV 16, c. 6) (c. 1.5.1).

*In concreto*, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que les enregistrements permettant de prouver (i) les deux délits de chauffard commis sur des routes bidirectionnelles sans marquage au sol, le premier à proximité d'un passage piéton, le second en localité et sur un tronçon fréquenté, (ii) deux épisodes (appréhendés chacun sous l'angle de l'art. 90 al. 2 LCR)

lors desquels A avait dépassé un automobiliste qui le précédait moyennant un excès de vitesse prononcé, n'achevant sa manœuvre que peu de temps avant de croiser une moto en sens inverse, respectivement avait roulé sur la piste de gauche à un endroit sans visibilité (courbe à droite) et (iii) la conduite sans permis le 10 avril 2015 (alors que le permis d'élève conducteur venait de lui être retiré, et à l'occasion de laquelle il a commis le délit de chauffard) sont tous exploitables, ces comportements devant être qualifiés d'infractions graves au sens de l'art. 141 al. 2 CPP. En revanche, les preuves sont inexploitable pour prouver les autres infractions à l'art. 90 al. 2 LCR. En effet, même si les excès de vitesse étaient relativement élevés, ils se sont déroulés sans incidents particuliers. La cour cantonale ne pouvait donc pas se fonder sur les preuves recueillies lors de la *fishing expedition* pour prouver ces infractions-là (c. 1.5.2-1.5.6).

Partant, le recours est partiellement admis et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision (c. 1.6 et 2).

### III. Commentaire

Le raisonnement du Tribunal fédéral dans la première partie de l'arrêt (c. 1.4) est limpide et ne prête pas le flanc à la critique. Un chauffard pris sur le fait par la police ne doit pas redouter que celle-ci perquisitionne ensuite son domicile à la recherche d'autres moyens de preuve. Le besoin en termes d'actes d'instruction né du soupçon relatif à la première infraction s'est épuisé avec le flagrant délit. Le fait que l'auteur n'ait pas pu donner de raisons à son infraction ne suffit pas, en l'absence d'autres éléments, pour éveiller des soupçons quant à l'existence d'autres infractions du même genre qui auraient été commises par le passé. Le caractère « suffisant » des soupçons (cf. art. 197 al. 1 let. b CPP) empêche que les autorités pénales se fondent sur de simples suppositions, sur des rumeurs ou sur l'expérience générale de la vie (de policier), à défaut de quoi elles se lanceraient dans une *fishing expedition*.

En revanche, les choses se compliquent dès qu'on passe à la seconde partie de l'arrêt (c. 1.5), consacrée aux conséquences de cette « pêche aux informations ». Alors que le précédent qu'il cite dans sa majeure, quelques lignes plus haut, laissait entendre que les preuves récoltées dans ce cadre étaient absolument inexploitable (ATF 137 I 218 c. 2.3.2), le Tribunal fédéral décide ici, presque en catimini, de les soumettre désormais à l'art. 141 al. 2 CPP, disposition qui traite des preuves relativement inexploitable. En l'absence de la moindre explication sur ce changement de régime, qui constitue pourtant le cœur de l'arrêt, le lecteur en est réduit à de simples suppositions.

L'art. 141 al. 2 CPP vise les preuves administrées « de manière illicite », ce par quoi il faut entendre de manière pénalement répréhensible (« *in strafbarer Weise* »), ou en violation de « règles de validité ». La première hypothèse n'entre manifestement pas en ligne de compte ici, sauf à admettre que les autorités auraient commis une violation de domicile (art. 186 CP) et/ou une soustraction de données (art. 143 CP) en procédant aux perquisitions litigieuses en l'absence de toute nécessité d'investiguer davantage un soupçon préalable. Il faut donc considérer que l'exigence de soupçons suffisants de l'art. 197 al. 1 let. b CPP, et

donc l'interdiction des *fishing expeditions*, constitue aux yeux du Tribunal fédéral une règle de validité au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, dont la violation ne porte pas à conséquence si les preuves sont indispensables pour élucider une infraction grave.

Cette position nous semble critiquable. Elle revient à assimiler les preuves recueillies lors d'une *fishing expedition* aux découvertes fortuites recueillies lors d'une perquisition contraire au droit pour d'autres motifs (cf. TF, 6B\_24/2019 du 3.10.2019, c. 2.3, relatif à l'art. 243 CPP), alors que les preuves obtenues dans le premier cas, en l'absence de toute nécessité d'investiguer un soupçon suffisant et préexistant, portent une atteinte beaucoup plus importante aux droits du prévenu que celles obtenues dans le second cas. Cette différence justifie que les preuves récoltées à la suite d'une *fishing expedition* soient frappées d'une inexploitabilité absolue au sens de l'art. 141 al. 1 CPP. Tel est également l'avis de la doctrine majoritaire (BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N 44 et BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 81 ; Yasmine DELLAGANA-SABRY, Perquisitions en procédure pénale, thèse Genève 2021, p. 97 s. ; cf. aussi Ludivine DELALOYE, Les preuves recueillies illicitement par les autorités pénales, in : Villard/Burgener [éds], Les preuves illicites en droit pénal, Bâle 2023, N 45 p. 88), qui n'est curieusement pas mentionnée dans l'arrêt ici commenté. L'inexploitabilité absolue est la seule sanction véritablement efficace pour que les autorités s'abstiennent à l'avenir de partir à la « pêche aux informations », surtout si elles ont recours à des mesures d'enquête moins conventionnelles qu'une perquisition domiciliaire.

Dans ce contexte, on relèvera que l'arrêt – rendu sur recours contre un jugement de condamnation – ne se prononce pas sur la question de savoir comment doit procéder le TMC lorsque le Ministère public lui demande de lever les scellés posés sur des preuves recueillies lors d'une *fishing expedition*. En principe, le TMC doit refuser de lever les scellés lorsqu'il n'y a pas de soupçon suffisant d'une infraction (cf. TF 1B\_62/2014 du 4.4.2014, c. 2.2.2 ; TF, 1B\_322/2013 du 20.12.2013, c. 3.1), voire si la mesure de contrainte n'est pas proportionnée (BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL, Art. 248 N 45 et 53). La portée de l'arrêt pourrait donc être limitée aux cas dans lesquels l'autorité pénale peut consulter les preuves recueillies lors de la *fishing expedition* parce que l'ayant droit n'a pas demandé la mise sous scellés.

Cette décision est enfin l'occasion pour le Tribunal fédéral de confirmer son approche concrète de la notion d'« infraction grave » au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, initiée il y a quelques arrêts déjà (cf. ATF 147 IV 9, c. 1.4.2 ; ATF 147 IV 16, c. 6 et 7.2), et de retenir, semble-t-il pour la première fois, de telles infractions graves en présence de violations graves des règles de la circulation routière (art. 90 al. 2 LCR), qui sont des délits. S'il faut saluer cette méthode concrète, qui ne dépend pas (ou plus) de la distinction abstraite entre crimes et délits, mais de l'ensemble des circonstances, on craint toutefois qu'en pratique, elle entraîne plus souvent la qualification d'un délit en infraction grave que la (dis)qualification d'un crime en infraction non-grave. La présente espèce en est une bonne illustration, s'agissant du délit de conduite sans autorisation (art. 95 al. 1 lit. b LCR), qualifié d'infraction grave en raison des (autres !) infractions à la LCR commises par le recourant lors du trajet en question. Décidément, la pêche aura été bonne...

**Proposition de citation :** Alexandre GUIBAN/Daniel KINZER, Exploitabilité des preuves obtenues lors d'une *fishing expedition*, in : <https://www.crimen.ch/239/> du 4 janvier 2024