procédure pénale

Le maintien au dossier de preuves issues de recherches secrètes illicites (art. 298a ss CPP) ne crée pas de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF

Arrêt TF 1B_404/2021 (f) du 19 octobre 2021* (ATF 148 IV 82)

Par Ryan Gauderon, le 16 novembre 2021

> Dès l'existence de soupçons d'infraction portée à la connaissance de l'autorité pénale, le CPP s'applique aux mesures de surveillances ordonnées sur cette base. La conclusion d'un achat fictif de cocaïne auprès de la personne soupçonnée tombe ainsi sous le coup des art. 298a ss CPP. Faute de disposition expresse du CPP sur le sort des preuves obtenues grâce aux recherches secrètes illicites, les dispositions générales s'appliquent (art. 141 al. 2 CPP). Par conséquent, le maintien de telles preuves au dossier ne constitue pas un préjudice irréparable (art. 93 LTF).

De source confidentielle, la police judiciaire vaudoise a été informée de l'existence d'un trafic de cocaïne opéré par A au bas de son immeuble. Après quelques investigations, un policier prend contact avec A par le biais de son numéro de téléphone mobile et lui fixe un rendez-vous dans le hall de son immeuble le 11 mai 2021. Arrivé sur place, A vend au policier un « parachute » de cocaïne (0.8g) pour CHF 100.-. Le Ministère public ordonne ensuite la mise en détention de A et la perquisition de son appartement. De l'argent liquide, cinq parachutes (4.8g) et trois téléphones portables sont saisis. Auditionné, A reconnaît consommer de la cocaïne et s'adonner au trafic de stupéfiants.

Le 12 mai 2021, le Ministère public vaudois ouvre une instruction contre A pour infractions à la LStup et à la LEI, et requiert sa mise en détention provisoire auprès du Tribunal des mesures de contrainte (Tmc), que ce dernier autorise pour trois mois.

Le lendemain, A demande la production de l'autorisation du Tmc pour la mise en œuvre des recherches préliminaires secrètes effectuées par la Police judiciaire vaudoise. En réponse, le Ministère public se limite à constater, par ordonnance du 19 mai 2021, que les preuves obtenues dans le cadre des recherches préliminaires opérées le 11 mai 2021 sont pleinement exploitables. Saisie sur recours, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois (CREP) rejette les conclusions de A prises contre l'ordonnance du 19 mai 2021. A porte alors sa cause au Tribunal fédéral et conclut à l'inexploitabilité absolue des preuves obtenues contre lui.

Interjeté contre une décision de dernière instance cantonale (la CREP), le recours est recevable sur ce point (art. 80 LTF). Le Tribunal fédéral rappelle toutefois qu'une décision d'exploitabilité de preuves doit être qualifiée d'incidente dès lors qu'elle ne clôt pas la procédure. La recevabilité du recours est par conséquent conditionnée à l'existence d'un préjudice irréparable à l'endroit de A (c. 1.1 et 1.2).

Notre Haute Cour rappelle tout d'abord ce qu'il faut entendre par « préjudice irréparable », notion qui se rapporte à un dommage de nature juridique qui ne puisse pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant. Elle précise ensuite que, de jurisprudence constante, le maintien de moyens de preuve au dossier ne constitue pas un tel préjudice dans la mesure où les griefs en lien avec ceux-ci peuvent être renouvelés jusqu'à la clôture définitive de la procédure, en particulier devant le juge du fond. Sont seuls exceptés les cas dans lesquels la loi prévoit une restitution ou une destruction immédiate de preuves illicites (par ex. art. 248, 271 al. 3, 277 et 289 al. 6 CPP ou encore art. 9 al. 1 let. b de la Loi sur les profils d'ADN) ainsi que ceux dans lesquels le caractère illicite des preuves s'impose d'emblée en raison des circonstances (c. 1.3).

A estime que l'opération menée par la police judiciaire vaudoise doit être qualifiée de « recherches préliminaires secrètes » au sens de l'art. 21a LPol VD, mesure soumise à autorisation du Tmc. Sans autorisation, la mesure est illicite et les preuves qui en découlent doivent être sanctionnées d'une inexploitabilité absolue et retirées du dossier (cf. art. 141 al. 5 CPP). Au demeurant, A prétend que le constat du caractère illicite des moyens de preuve récoltés depuis le 11 mai 2021 s'imposerait d'emblée également, dès lors que son maintien en détention provisoire en dépendrait (c. 2).

Le Tribunal fédéral procède alors à l'examen de la mesure de surveillance secrète mise en oeuvre par la police judiciaire vaudoise pour déterminer si celle-ci ressortit au droit de police (cantonal) ou à la législation fédérale (CPP). Se fondant sur les critères de distinction entre droit fédéral et cantonal, notre Haute Cour rappelle que les moyens déployés pour prévenir des infractions sont du ressort des cantons tandis que les mesures de contraintes ordonnées à la suite de soupçons d'infraction(s) sont de nature répressive et fondées exclusivement sur le CPP (cf. art. 123 al. 1 Cst ; sur la distinction entre droit de police cantonal ou procédure pénale fédérale, voir ATF 147 I 103, c. 15.2 et ATF 140 I 353, c. 5). Ainsi, si des soupçons sont déjà portés à la connaissance de l'autorité pénale, la mesure de surveillance consistant pour un policier à approcher une personne sans être reconnu comme tel, mais sans la création et l'usage d'une identité d'emprunt tombe sous le coup des recherches secrètes au sens des art. 298a ss CPP (c. 3.1 à 3.3).

En l'espèce, le Ministère public a formellement ouvert une instruction (art. 309 al. 3 CPP) le 12 mai 2021, soit le lendemain de l'achat fictif de cocaïne par le policier vaudois. Selon A, c'est cette mesure de surveillance qui a pu fonder les soupçons contre lui. Toutefois, seule l'existence respectivement l'inexistence de soupçons est propre à distinguer le champ d'application du CPP par rapport au droit de police cantonal. Par conséquent, même si une mesure préventive fondée sur l'art. 21a LPol VD aurait pu être également ordonnée dans l'hypothèse de nouvelles infractions prochainement commises, l'achat fictif de cocaïne par la police a été effectué après que l'autorité pénale a été informée de soupçons contre A. La mesure de surveillance mise en œuvre le 11 mai 2021 tombe ainsi sous le coup des art. 298a ss CPP (c. 4).

S'agissant de l'existence d'un préjudice irréparable (art. 93 LTF), le Tribunal fédéral se penche sur le sort réservé aux preuves obtenues dans le cadre de recherches secrètes

illicites (art. 298a ss CPP) et constate qu'aucune disposition ne le prévoit expressément. En procédant à l'étude de la jurisprudence, des travaux préparatoires de l'observation (art. 282 s CPP) et de l'investigation secrète (art. 285a ss CPP), deux mesures « cousines » des recherches secrètes (art. 298a ss CPP), et en se référant aux différents avis doctrinaux en la matière, il parvient à la conclusion que l'application des règles générales en matière de preuves (art. 141 al. 2 CPP) doit être préférée à celle de l'art. 289 al. 6 CPP par analogie. La raison tient essentiellement à la similitude importante entre l'observation et les recherches secrètes (absence d'autorisation du Tmc et conditions matérielles similaires) (c. 5.3 ss).

Par conséquent, des preuves obtenues par des recherches secrètes supposément illicites ne doivent pas être immédiatement restituées ou détruites de sorte que la décision de maintien de telles preuves au dossier ne crée pas de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF. Par ailleurs, le grief consistant à établir l'existence d'un préjudice irréparable du fait que ces preuves-là ont motivé la mise en détention du prévenu ne peut être accueilli. Ces considérations ressortissent avant tout aux conditions de la mise en détention selon l'art. 221 al. 1 CPP, dont l'examen appartient au juge de la détention (c. 5.4).

Dans un ultime grief, A se plaint d'une violation du droit d'être entendu commise par l'autorité inférieure. Selon lui, elle n'aurait pas examiné si la condition de la proportionnalité (art. 298a al. 1 let. b CPP) était réalisée en l'espèce. En n'examinant que l'existence de soupçons permettant d'ordonner des recherches secrètes, il faut admettre que l'autorité cantonale supérieure a implicitement considéré la condition de la proportionnalité comme remplie, motivation suffisante au regard du droit d'être entendu (ATF 146 IV 297, c. 2.2.7 ; ATF 141 V 557, c. 3.2.1) (c. 6). Le recours est ainsi déclaré irrecevable (c. 7).

Cette jurisprudence confirme pour l'essentiel la pratique du Tribunal fédéral en matière de préjudice irréparable en lien avec le maintien des preuves au dossier de la procédure. Elle tranche en revanche la controverse doctrinale concernant le sort des preuves obtenues ensuite de recherches secrètes illicites, précision bienvenue pour le cadre légal des recherches secrètes. Par ailleurs, notre Haute Cour rappelle implicitement que l'ordonnance d'ouverture d'instruction visée par l'art. 309 al. 3 CPP est de nature déclaratoire et ne saurait à elle seule déterminer le début du champ d'application du CPP par rapport au droit de police cantonal. Au contraire, dès que le ministère public « commence à s'occuper (personnellement) de l'affaire », il faut admettre que l'instruction pénale a déjà débuté (ATF 141 IV 20, c. 1.1.4 ; TF 6B_178/2017 du 25.10.2017, c. 2.2). À l'instar de ce qui prévaut en matière d'actes d'enquête autorisés avant le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière, ce principe doit être interprété restrictivement. Le ministère public ne peut ainsi pas profiter de ce « flottement » pour procéder à des actes (d'instruction) sans ouvrir formellement l'instruction (TF 1B_183/2012 du 20.11.2012, c. 3.2 ; TF 6B_940/2016 du 6.7.2017, c. 3.3.2). Il reste effectivement soumis à ce stade au principe *in dubio pro duriore* et ne saurait par ce biais repousser abusivement le droit du prévenu à une défense obligatoire (art. 131 al. 2 CPP) ou le droit des parties à participer à l'administration des preuves (art. 147 CPP).

Enfin, on peut regretter que ni le recourant ni le Tribunal fédéral ne se soient saisis de la

question de la provenance des premiers soupçons retenus contre le prévenu. Se limitant à faire état d'une « source confidentielle », notre Haute Cour ne semble pas vouloir préciser sa pratique en matière d'informateurs ou indicateurs (voir par ex. ATF 142 IV 269, c. 2.2.3). Pourtant, ces personnes agissent essentiellement en dehors de tout cadre légal, alors même que certaines en font métier grâce aux récompenses accordées par les autorités pénales pour l'aide apportée. Si certains agissent comme simples dénonciateurs après avoir constaté la commission d'une infraction (art. 301 CPP), d'autres, plus intéressés, se permettent certainement de procéder à des genres de mesures de surveillance comme des achats fictifs dont certains pourraient clairement être provoqués (méthode strictement interdite : art. 293 CPP). Il nous paraît alors particulièrement étonnant que le CPP et la jurisprudence cadrent strictement l'usage de mesures de surveillance ordonnées durant l'instruction pénale tout en donnant libre cours à la récolte d'indices en amont de la procédure pénale. La jurisprudence de la CourEDH exige pourtant que des garanties puissent être apportées pour éviter les abus dans cette phase antérieure à la saisine des autorités de poursuite pénale (CourEDH *Khoudobine c. Russie* du 26.10.2006, § 135).

Proposition de citation : Ryan Gauderon, Le maintien au dossier de preuves issues de recherches secrètes illicites (art. 298a ss CPP) ne crée pas de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF, in : https://www.crimen.ch/50/ du 16 novembre 2021