

Le 16 septembre 2011

Initiative parlementaire 08.458 - Investigation secrète et recherches secrètes

Procédure de consultation sur l'avant-projet de la Commission des affaires juridiques du Conseil national

De l'avis du Département de droit pénal, les propositions de modification du Code de procédure pénale suisse (CPP) doivent être catégoriquement rejetées.

D'une part, l'avant-projet (AP) propose de réduire le champ d'application de l'investigation secrète tel que la prévoient aujourd'hui les art. 286 à 298 CPP. Selon l'art. 285a AP, l'investigation secrète serait dorénavant caractérisée par la durée de l'engagement de l'agent infiltré et par la dotation de ce dernier d'une identité d'emprunt.

D'autre part, l'avant-projet préconise de combler le vide laissé par la modification précitée au moyen d'une nouvelle mesure de contrainte baptisée « Recherches secrètes » et appelée à occuper les art. 298a à 298d CPP. A la différence de l'investigation secrète, les recherches secrètes permettraient à des policiers d'entrer en contact avec des suspects sans dévoiler leur fonction, dans le cadre de missions de courte durée et sans dotation d'une identité d'emprunt ; l'identité véritable de l'agent et son statut officiel figureraient au dossier de la procédure pénale.

Avec ses propositions, la Commission des affaires juridiques du Conseil national opère un changement de paradigme qui appelle les remarques suivantes.

L'avant-projet ne dissimule pas (Rapport, ch. 2.1) qu'il constitue une réaction à l'ATF 134 IV 266. Aux termes de cette décision, le Tribunal fédéral a considéré que toute prise de contact avec un suspect par un policier cachant sa fonction - y compris les inspecteurs d'une brigade des mœurs participant à des forums de discussion où sévissent des pédophiles potentiels avançant eux-mêmes sous le couvert d'identités virtuelles - constituait une investigation secrète et devait dès lors faire l'objet d'une approbation judiciaire conformément à l'art. 289 CPP ; à défaut d'une telle approbation, les preuves recueillies sont inexploitable. L'avant-projet biaise en revanche la réalité lorsqu'il affirme (*ibidem*) que la majorité de la doctrine critique la jurisprudence fédérale. Les voix favorables à cette dernière, que le rapport ne prend même pas la peine de mentionner, sont au moins aussi nombreuses et font valoir des arguments d'un autre poids que ceux de l'opinion prétendument dominante (v. notamment *Luzia Vetterli*, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, *forumpoenale* 2008 p. 367 ; *Sabine Gless*, *Commentaire des arrêts* 6B_743/2009 et 6B_837/2009 du 8 mars 2010, *forumpoenale* 2011 p. 28).

En effet, l'avant-projet sacrifie sans la moindre justification les garanties de l'Etat de droit et toute l'économie des mesures de contrainte aujourd'hui prévues par le CPP. A l'instar de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 269-279 CPP), des autres mesures techniques de surveillance (art. 280-281 CPP), de la surveillance des relations bancaires (art. 284-285 CPP) et de l'investigation secrète selon la nouvelle définition de l'art. 285a AP précité, les « recherches secrètes » des art. 298a à 298d AP représentent des instruments « sournois » d'investigation dans la mesure où ils génèrent directement des éléments de preuve - ensuite utilisés par les tribunaux pour condamner des prévenus - sans que ces derniers ne s'en rendent compte et sans qu'ils puissent donc contester sur le champ la légalité de leur mise en œuvre auprès d'un juge (in casu, l'autorité de recours de l'art. 20 CPP ; cf. art. 393-397 CPP). Cette exclusion de toute possibilité de contrôle immédiat par un tribunal est compensée par une

approbation judiciaire initiale de l'ordonnance du ministère public dans le cas de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. art. 274 CPP), des autres mesures techniques de surveillance (art. 274 *cum* 281 al. 4 CPP) et de l'investigation secrète (art. 289 CPP, inchangé) ; dans le cas de la surveillance des relations bancaires, elle est même entièrement remplacée par une décision du tribunal des mesures de contrainte (art. 284 CPP). Au nom du principe d'égalité de traitement et de la cohérence du système, ces mêmes garanties procédurales doivent aussi valoir pour les recherches secrètes ; or voilà très exactement ce que ne fait pas l'art. 298b AP dès lors qu'il place la compétence pour ordonner de telles recherches secrètes dans les mains du seul ministère public, et même dans celles de la seule police lorsqu'elles durent moins d'un mois.

Cette contradiction est intolérable. Et nul ne saurait lui opposer le fait que l'observation (art. 282-283 CPP) est, *de lege lata*, du ressort de la police et du ministère public (art. 282 al. 1 et 2 CPP). D'une part, l'observation (simplement visuelle) se distingue de l'investigation secrète et des recherches secrètes selon l'AP par l'absence de prise de contact entre les agents de l'Etat et les suspects. D'autre part, l'observation sous la forme d'un enregistrement audio ou vidéo se distingue de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, ainsi que des autres mesures techniques de surveillance, par l'absence d'intrusion dans la sphère privée des personnes visées puisqu'elle est uniquement possible dans des lieux librement accessibles (art. 282 al. 1 CPP), soit des espaces soustraits au champ de protection d'un quelconque secret.

Concrètement, la nouvelle soumet à deux régimes procéduraux diamétralement opposés - l'un marqué à juste titre par la présence d'indispensables garde-fous, l'autre débarrassé à mauvais escient des garanties les plus élémentaires - deux institutions que distinguent deux critères purement formels : la durée plus ou moins longue de la tromperie sur la véritable fonction et la dotation ou non d'une identité d'emprunt. Abstraction faite de ce que la durée d'une infiltration n'est guère déterminable à l'avance, le résultat est aussi choquant que l'artifice est grossier.

En définitive, il n'existe aucune raison pertinente de dévier de la ligne tracée par le Tribunal fédéral, pas même des considérations d'ordre pratique. Preuve en est que dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'investigation secrète du 20 juin 2003 (LFIS ; RO 2004 p. 1409, 2006 p. 2197, 2006 p. 5437, 2007 p. 5430), dont les dispositions ont été versées pratiquement sans modification dans le CPP, les autorités romandes de poursuite pénale avaient pris la précaution de faire valider judiciairement toute avancée masquée de leurs agents de terrain au contact de délinquants présumés, également ceux évoluant dans des *chat-rooms*, et se sont de la sorte prémunis contre toute remontrance des juges de Mon-Repos. A la lecture de l'avant-projet et de son exposé des motifs, on garde l'impression fort désagréable que la réforme ici proposée constitue une génuflexion devant les revendications déplacées de quelques ministères publics (de Suisse orientale) qui n'ont pas su anticiper les problèmes d'application de la LFIS et qui, une fois tancés par le Tribunal fédéral, se sont obstinés à considérer qu'ils détenaient la vérité législative au lieu de se plier aux règles du jeu de notre Etat de droit.

Bernhard Sträuli
Directeur
Département de droit pénal