

---

# L'exploitabilité des preuves illicites en procédure pénale

**Katia Villard**, professeure

**Ludivine Delaloye**, avocate et doctorante

**Fabio Burgener**, avocat et doctorant

**Yoann Lambert**, avocat

# Introduction et plan

- Rappel du système et distinctions
- Preuves illicites recueillies par les autorités
- Preuves illicites recueillies par les particuliers
- Voies de droit

# Rappel du système – Administration et exploitation des preuves

## **Art. 139 Principes**

<sup>1</sup> Les autorités pénales mettent en œuvre tous les moyens de preuves licites qui, selon l'état des connaissances scientifiques et l'expérience, sont propres à établir la vérité.

<sup>2</sup> Il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité pénale ou déjà suffisamment prouvés.

## **Art. 140 Méthodes d'administration des preuves interdites**

<sup>1</sup> 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 sont interdits dans l'administration des preuves.

<sup>2</sup> Ces méthodes sont interdites même si la personne concernée a consenti à leur mise en œuvre.

# Rappel du système – Administration et exploitation des preuves

## Art. 141 CPP - Exploitation des moyens de preuves obtenus illégalement

<sup>1</sup> Les preuves administrées en violation de l'art. 140 ne sont en **aucun cas exploitables**. Il en va de même lorsque le présent code dispose qu'une preuve n'est pas exploitable.

<sup>2</sup> Les preuves qui ont été administrées d'une manière [pénalement] 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.

<sup>3</sup> Les preuves qui ont été administrées en violation de prescriptions d'ordre sont **exploitables**.

<sup>4</sup> Si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'al. 1 ou 2, il n'est exploitable que s'il aurait pu être recueilli même sans l'administration de la première preuve.

<sup>5</sup> Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être **retirées du dossier pénal, conservées à part** jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites.

### Inexploitabilité absolue

Exemple : chantage ; art. 158 al. 2 CPP (informations)

### Inexploitabilité relative

### Exploitabilité « sans réserve »

### Preuves dérivées

### Conséquences de l'inexploitabilité

# Quelques distinctions

- Exploitabilité de la preuve vs valeur probante
  - Ex: Première audition d'un co-prévenu en l'absence du prévenu en raison d'un risque concret de collusion. Le co-prévenu ne peut plus être réentendu ensuite (disparition ou décès).
  - Ex: Compte-rendu d'un entretien entre l'employeur du prévenu et le prévenu dans le cadre d'investigations internes (TF, 6B\_49/2020 du 26 mai 2020)

# Quelques distinctions

- Licéité de la preuve vs exploitabilité de la preuve
  - Une preuve recueillie de manière illicite n'est pas forcément inexploitable (cf. art. 141 al. 2 et 3 CPP)
  - Une preuve recueillie de manière licite n'est pas forcément exploitable (ex: le rapport d'enquête interne établi sur requête de la FINMA ; [webinaire CDBF à ce sujet](#))

# Quelques distinctions

- Preuves recueillies par les autorités pénales suisses vs preuve recueillie par :
  - une autorité (pénale) étrangère;
  - une autorité civile ou administrative suisse;
  - un particulier
  - la police mais dans le cadre de son action policière préventive
- Le CPP ne s'applique (directement) qu'aux autorités pénales suisses dans le cadre d'une procédure pénale.

# Quelques distinctions

- Preuves à charge vs preuves à décharge
  - Les règles sur l'exploitabilité ne concernent-elle que les preuves à charge?
  - Différence entre les preuves absolument inexploitables de l'art. 141 al. 1 CPP et les preuves relativement inexploitables de l'art. 141 al. 2 CPP?



# Quelques distinctions

- Contrôle en cours d'instruction vs contrôle au fond
  - Art. 141 al. 5 CPP : les preuves inexploitablees doivent être retirées du dossier pénal.
  - Mais, si la question est litigieuse : au stade de l'instruction, seules les preuves manifestement inexploitablees doivent être retirées du dossier pénal.
  - Exception si la loi prévoit la destruction, respectivement restitution immédiate des moyens de preuve inexploitablees (ex: art. 271 al. 3 CPP ; art. 277 CPP)

---

# Les preuves recueillies illicitement par les autorités

**Ludivine Delaloye**, avocate et doctorante

# Les preuves administrées par les autorités

- Examen de l'exploitabilité d'une preuve administrée par une autorité en deux étapes:
  - Première étape: licéité de la preuve
  - Deuxième étape: exploitabilité de la preuve

# Les preuves administrées par les autorités

- Première étape : licéité de la preuve
  - Droit procédural
    - Art. 140 al. 1 CPP (méthodes interdites)
    - Autres dispositions du CPP (peu importe la qualification de la norme et les conséquences qu'elle prévoit)
  - Droit pénal matériel
    - Action ou abstention typiquement contraire au droit pénal
    - Absence de motif justificatif (notamment art. 14 CP)
    - Lien de causalité entre l'infraction et l'obtention de la preuve
  - Preuve administrée à l'étranger
    - Droit du pays du lieu de récolte à l'exclusion du droit suisse

# Les preuves administrées par les autorités

- Deuxième étape : exploitabilité de la preuve (art. 141 CPP)

- Violation de l'art. 140 al. 1 CPP  
(méthodes interdites)

- Violation d'une disposition du CPP qui prévoit une interdiction d'exploiter

Inexploitabilité absolue (art. 141 al. 1 CPP)

- Violation du droit pénal matériel

- Violation d'une règle de validité

Inexploitabilité relative (art. 141 al. 2 CPP)

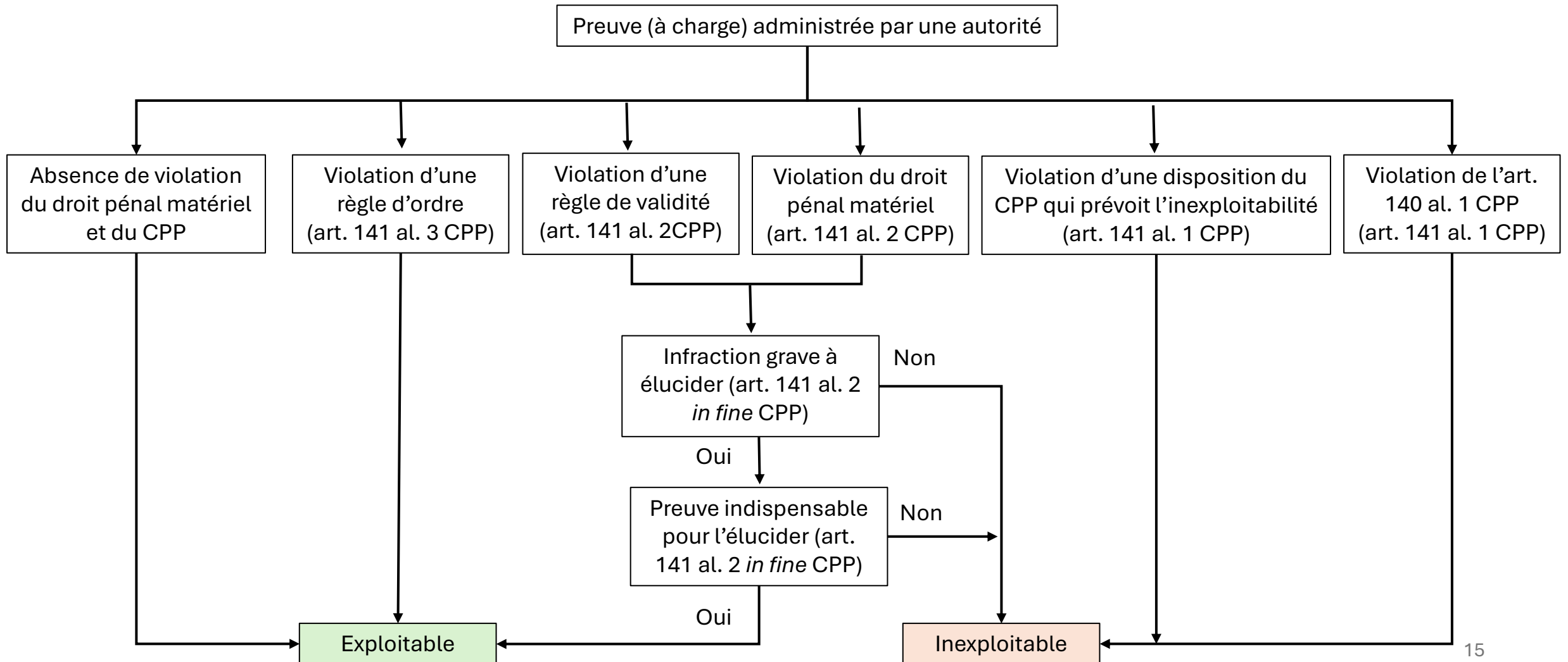
- Violation d'une règle d'ordre

Exploitabilité (art. 141 al. 3 CPP)

# Les preuves administrées par les autorités

- Deuxième étape : exploitabilité de la preuve (art. 141 CPP)
  - En cas d'inexploitabilité relative (art. 141 al. 2 CPP), l'exploitabilité est possible aux conditions suivantes:
    - Une infraction grave: analyse concrète (ATF 147 IV 9)
    - Une preuve indispensable à l'élucidation de l'infraction
    - Pas de place pour une pesée des intérêts supplémentaires

# Les preuves administrées par les autorités



# Les preuves administrées par les autorités

- Conséquences de l'inexploitabilité
  - Principe: retrait du dossier de la preuve, conservation à part et destruction à la clôture définitive de la procédure (art. 141 al. 5 CPP)
  - Exception: destruction immédiate (art. 248, 269ter al. 3, 289 al. 6, 271 al. 3, 277 al. 1, 281 al. 4, 289 al. 6 CPP, art. 9 al. 1 let. b Loi sur les profils ADN)
  - Preuves dérivées: exploitables lorsqu'elles auraient pu être recueillies même sans l'administration de la première preuve (art. 141 al. 4 CPP)



# Les preuves administrées par les autorités

- Preuves à décharge
  - Art. 141 al. 2 CPP comprend une simple interdiction d'exploitation des preuves à charge (TF, 6B\_1362/2020 (20.06.2022), c. 14.4.2\*)
  - Art. 141 al. 1 CPP comprend une interdiction générale d'exploitation des preuves qu'elles soient à charge ou à décharge (*obiter dictum*)
    - Critiques de la doctrine: nécessité impérative d'éviter la condamnation d'innocent commande de faire usage de toute preuve à décharge

\* Pour un commentaire de cet arrêt, voir Bouille/Burgener, FP 2023, 104, 109 à 111

---

# Les preuves recueillies illicitement par les particuliers

**Fabio Burgener**, avocat et doctorant

# Les preuves recueillies illicitement par les particuliers

## Méthode développée par le Tribunal fédéral

### Licéité

**Première étape : analyse de droit matériel** visant à établir si la preuve a été recueillie licitement ou illicitement par un particulier (ATF 146 IV 226 « Dashcam »), y compris un examen des motifs justificatifs du droit matériel (ATF 147 IV 16 « GoPro »)

- Ensemble du droit matériel



### Exploitéabilité

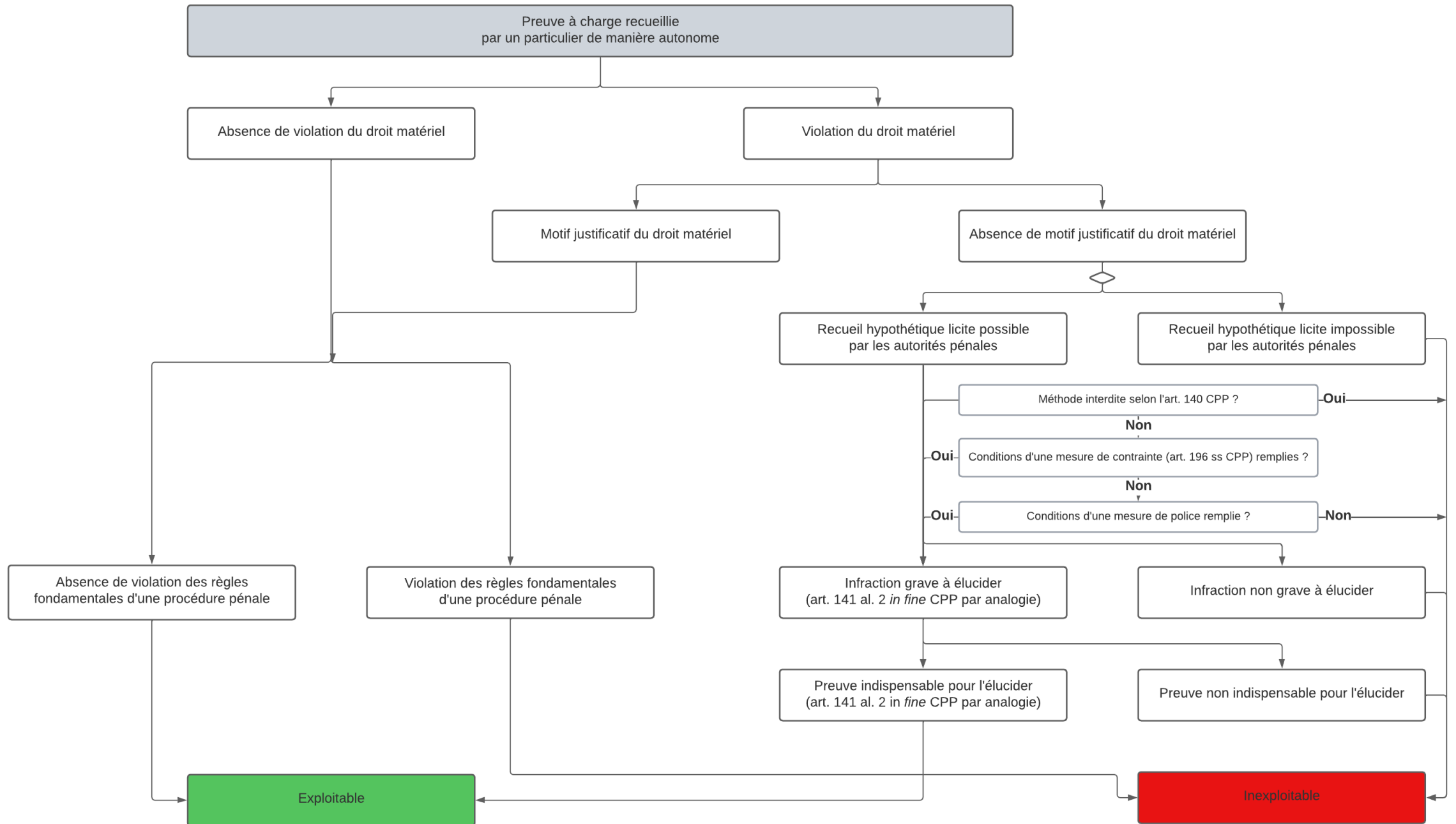
**Seconde étape : analyse de droit procédural** comprenant trois conditions cumulatives : la preuve [1] aurait pu être recueillie licitement par les autorités pénales et est [2] « indispensable [3] pour élucider une infraction grave » (application par analogie de l'art. 141 al. 2 *in fine* CPP ; ATF 146 IV 226 « Dashcam », confirmé dans ATF 147 IV 16 « GoPro » et ATF 147 IV 9 « Émeute »)

- « infraction grave » : analyse concrète (ATF 147 IV 9 « Émeute »)

# Les preuves recueillies illicitement par les particuliers

## Questions à se poser

	Etape 1 – Licéité	À examiner	Jurisprudence
Si illicite	La preuve litigieuse est-elle licite ?	Ensemble du droit pénal matériel (en particulier : CP / LPD)	ATF 147 IV 16 (GoPro)
	Etape 2 – Exploitabilité	À examiner	Jurisprudence
	<b>1/</b> Les autorités pénales, si elles avaient été impliquées, auraient-elles pu recueillir licitement la preuve litigieuse ?	<b>a/</b> Absence de méthode interdite (art. 140 CPP) <b>b/</b> Mesures de contrainte (art. 196 ss CPP) / Mesures de police préventive (p. ex. art. 56 al. 1 et 2 LPol/GE)	TF, 14.07.2020, 6B_53/2020 (Policier)
	<b>2/</b> La preuve litigieuse sert-elle à élucider une infraction grave ?	Application par analogie du régime d'« inexploitabilité relative » (art. 141 al. 2 <i>in fine</i> CPP p. a.)	TF, 06.09.2023, 6B_821/2021 (Circulation)
	<b>3/</b> La preuve litigieuse est-elle indispensable pour élucider l'infraction ?	Application par analogie du régime d'« inexploitabilité relative » (art. 141 al. 2 <i>in fine</i> CPP p. a.)	ATF 147 IV 9 (Émeute ; non examiné)



---

# Les voies de droit en présence de preuves illicites

**Yoann Lambert**, avocat

# I. Principes généraux

- Art. 141 al. 5 CPP

Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites.

- Compromis helvétique

➤ Éviter la contamination du dossier tout en conservant la possibilité de procéder à un examen ultérieur de la question

- *Sauf exceptions prévoyant la restitution ou la destruction immédiate des preuves (cf. art. 248 CPP, art. 269ter al. 3 CPP, art. 271 al. 1 et 3 CPP, art. 277 al. 1 CPP, art. 281 al. 4 CPP, art. 289 al. 6 CPP, art. 9 al. 1 let. b Loi sur les profils d'ADN)*

## II. Durant la procédure préliminaire

### 1. Décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- D'office (TF, 6B\_534/2018, c. 3.3.1 ; art. 61 CPP)
- Sur requête (art. 109 et art. 110 CPP)
  - Sans délai, sinon risque d'être considérée comme contraire à la bonne foi (ex. ATF 148 IV 22, c. 5.5.2 = JdT 2023 IV 64)
- Respect du droit d'être entendu des parties
- Forme du prononcé : ordonnance (art. 80 al. 1 ph. 2 CPP) motivée (art. 80 al. 2 et al. 3 *a contrario* CPP)
  - Motivation ne doit pas décrire le contenu de la preuve écartée



# II. Durant la procédure préliminaire

## 1. Décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- Idéalement : retrait immédiat du moyen de preuve inexploitable
- En pratique : retrait immédiat **seulement** en cas d'inexploitabilité **manifeste** (ex. : CDP TPF, BB.2022.28, consid. 2.1.2 ; BB.2020.255 et 256, consid. 3.2 ; CPR GE, ACPR/626/2022, consid. 3.1.2)
- Approche restrictive injustifiée
  - Contra legem
  - Objection relative à une éventuelle pesée des intérêts non pertinente
  - Exploitabilité des preuves ≠ Appréciation des preuves
  - Effet éducatif
- Décision non immuable

## II. Durant la procédure préliminaire

### 2. Recours contre la décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- Recours ouvert
  - Universalité du recours (art. 393 al. 1 let. a CPP cum art. 380 et 394 CPP)
  - Absence d'application de l'art. 394 let. b CPP à la question de l'exploitabilité des preuves (ATF 143 IV 475, consid. 2.4)
- QPR (art. 382 al. 1 CPP)
  - Toute partie (cf. art. 104 et 105 al. 2 CPP)
  - Intérêt juridiquement protégé

## II. Durant la procédure préliminaire

### 2. Recours contre la décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- L'intérêt juridiquement protégé
  - Intérêt personnel (cf. notamment TF, 6B\_952/2019, c. 2.2 et 2.3 ; TF, 6B\_971/2017, c.2.2.3 ; ATF 144 IV 28, c. 1.3.1 = JdT 2018 IV 139)
  - ≠ de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF (ATF 143 IV 475, c. 2.9 ; TF, 1B\_485/2021, c. 2.4)

# II. Durant la procédure préliminaire

## 2. Recours contre la décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- Griefs

- Principe : voie de droit complète (art. 393 al. 2 CPP)

- Exceptions :

- Objet du recours : dispositif de la décision entreprise, sauf si la motivation décrit le contenu de la preuve déclarée inexploitable

- Retenue de l'autorité de recours

*"Un certain degré de retenue peut toutefois être approprié selon les circonstances, notamment lorsque le litige porte sur des preuves relativement inexploitable au sens de l'art. 141 al. 2 CPP: dans ce cas, il peut s'avérer nécessaire de réserver cette question au juge du fond qui pourra l'examiner à la lumière de l'ensemble des preuves, et ce, 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, (cf. ATF 143 IV 475 consid. 2.7; contra, Bettina Alexandra Tanner, op. cit., p. 166; Linda Bläsi, op. cit., p. 237 ss). Quoiqu'il en soit, cette retenue ne signifie pas encore que l'autorité de recours peut déclarer irrecevable un recours à ce sujet, mais seulement qu'elle peut, selon les circonstances et de manière motivée, le rejeter après avoir examiné le fond." (TF, 1B\_485/2021, consid. 2.4.2)*

➔ "Compétence fonctionnelle plus étendue d'une autre juridiction" (CR CPP-Sträuli, N 62 ad art. 393)

## II. Durant la procédure préliminaire

### 2. Recours contre la décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- Délai de recours
  - 10 jours depuis la notification de la décision entreprise (art. 396 al. 1 CPP)
  - Aucun délai en cas de déni de justice ou retard injustifié à statuer
- Motivation
  - Art. 385 al. 1 CPP (attention au nouvel art. 388 al. 2 CPP)

## II. Durant la procédure préliminaire

### 2. Recours contre la décision relative à l'exploitabilité de la preuve

- Absence d'effet suspensif automatique (art. 387 CPP)
- Mesures provisionnelles (art. 388 al. 1 CPP)
- Décision sur recours
  - Réforme ou renvoi (art. 397 al. 2 CPP)
  - Injonctions au Ministère public (art. 397 al. 4 CPP)

## II. Durant la procédure préliminaire

### 3. Recours incident au Tribunal fédéral

- Autorités précédentes
  - Recours recevable contre les décisions prises par une autorité cantonale de dernière instance (art. 80 LTF)
  - Irrecevable contre les décisions de la Cour des plaintes du TPF, sauf si elles portent sur des mesures de contrainte (art. 79 LTF)
- QPR (art. 81 LTF)
  - Le prévenu et le Ministère public
  - La partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF) ou si elle consacre une violation des droits qui lui reviennent en qualité de partie (ATF 146 IV 76, c. 2)

## II. Durant la procédure préliminaire

### 3. Recours incident au Tribunal fédéral

- Le préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF)
  - Le principe : l'absence de préjudice irréparable (ATF 144 IV 127, c. 1.3.1 ; ATF 141 IV 289, c. 1.2 = JdT 2016 IV 89)
  - Les exceptions :
    - Lorsque la loi prévoit la restitution ou destruction immédiate des preuves illicites ;
    - Lorsque, en vertu de la loi ou des circonstances spécifiques du cas d'espèce, le caractère illicite des moyens de preuve s'impose d'emblée et que l'intéressé fait valoir un intérêt juridiquement protégé particulièrement important à un constat immédiat du caractère inexploitable de la preuve ;
    - Lorsqu'il n'est exceptionnellement pas garanti que les preuves inexploitables soient occultées lors de l'appréciation des preuves ;



## II. Durant la procédure préliminaire

### 3. Recours incident au Tribunal fédéral

- Le préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF)
  - Les exceptions (suite) :
    - Lorsqu'une preuve illicite est contenue dans un dossier à transmettre à un Etat étranger ;
    - Lorsque, en cas d'exclusion d'un moyen de preuve, l'accusation est entravée au point de rendre impossible, ou à tout le moins particulièrement difficile, la continuation de la procédure pénale ;
    - Lorsque le moyen de preuve est susceptible de disparaître ou de s'altérer.

## II. Durant la procédure préliminaire

### 3. Recours incident au Tribunal fédéral

- La possibilité d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF)
  - Niée par le Tribunal fédéral, même en cas de soupçons qui se fonderaient uniquement sur une preuve prétendument inexploitable (TF, 1B\_234/2018, consid. 3.2)
- NB : Si la décision entreprise est une décision d'irrecevabilité, le recours est toujours ouvert mais sera limité à la question de la recevabilité (TF, 1B\_485/2021, c. 1.2)

## II. Durant la procédure préliminaire

### 3. Recours incident au Tribunal fédéral

- Absence d'effet suspensif automatique (art. 103 LTF)
- Mesures provisionnelles (art. 104 LTF)
- Décision sur recours
  - Réforme ou renvoi (art. 107 al. 2 LTF)

## II. Durant la procédure préliminaire

### 4. Questions choisies

- La question de l'exploitabilité des preuves lors du contrôle de la détention
  - Selon le TF, il n'appartient pas au juge de la détention d'exclure un moyen de preuve du dossier, sous réserve de ceux qui apparaissent d'emblée inexploitable (ATF 143 IV 330, consid. 2.1 = JdT 2018 IV 39 ; TF, 1B\_648/2022, consid. 2.1)
- Le cas particulier des perquisitions et des scellés
  - Si apposition de scellés => objections accessoires (insuffisance de soupçons, illicéité de l'ordre de perquisition, etc.) à faire valoir dans la procédure de levée des scellés
    - Question de l'exploitabilité des preuves tranchée par le juge de la levée des scellés **seulement** en cas d'inexploitabilité **manifeste** (ATF 143 IV 387, consid. 4.4 = JdT 2018 IV 201)
  - En l'absence d'ordonnance de séquestre ou d'intérêt juridiquement protégé au maintien du secret => ordonnance de perquisition à attaquer par le biais d'un recours (art. 393 ss CPP)
- Quid en cas de violations répétées de prescriptions d'ordre ?

# III. Devant le juge du fond

## 1. Première instance

- Question de l'exploitabilité des preuves peut être soulevée lors des questions préjudicielles (art. 339 al. 2 let. d CPP), voire avant même l'ouverture des débats (art. 61 let. c CPP et art. 330 al. 1 CPP).
- D'office par le juge (art. 339 al. 2 CPP)
- En principe possible d'attendre la saisine du juge du fond (TF, 6B\_862/2021, consid. 1.3 et 2.3)
  - Attention au risque que la requête soit considérée comme contraire au principe de la bonne foi (en particulier lorsqu'il s'agit de retrancher des procès-verbaux)
- Eventuelle décision précédente non immuable
  - Mais prendre soin de motiver soigneusement les raisons en présence d'une décision antérieure écartant une preuve
- Recours immédiat ?
  - Décision prise avant les débats : si préjudice irréparable
  - Décision prise pendant les débats : absence de recours possible, à attaquer en même temps que le jugement au fond (ATF 143 IV 175, c. 2.2 ; *contra* : Bacharach J., Le recours contre les décisions du tribunal relatives à la marche de la procédure, PJA 2018 480 ss)

# III. Devant le juge du fond

## 2. Deuxième instance

- Plein pouvoir d'examen (art. 398 al. 2 et 3 CPP)

## 3. Tribunal fédéral

- Grievs relatifs à l'inexploitabilité recevables
- Attention à l'épuisement des voies de recours (art. 80 al. 1 LTF) et au respect du principe de la bonne foi (TF, 6B\_1164/2016, c. 1.1 et 1.2)

Merci de votre attention

---