

Célian Hirsch

Les observations illicites sont-elles exploitables ?

Un état de la situation en fonction de la procédure applicable (administrative, civile et pénale)

In drei kürzlich ergangenen Urteilen, zwei davon zur Publikation vorgesehen, beschäftigt sich das Bundesgericht mit der Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Observationen durch Sozial- und Privatversicherungen im Zivil, Straf- und Verwaltungsverfahren. Der Autor stellt die Urteile vor und kommentiert sie mit dem Ziel einer Klärung der aktuellen Praxis des Bundesgerichts im Bereich der Observationen unter dem anwendbaren Verfahrensrecht. (as)

Beitragsarten : Beiträge

Rechtsgebiete : Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag : Célian Hirsch, Les observations illicites sont-elles exploitables?, in : Jusletter
19. Februar 2018

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'ATF 143 I 377 en procédure administrative (assurances sociales)
 - 1. Les faits
 - 2. L'analyse par le Tribunal fédéral des observations menées par l'assurance-invalidité
 - a. L'application de la jurisprudence de la CourEDH
 - b. L'exploitabilité des preuves recueillies
 - 3. Une critique de l'arrêt : l'application de l'art. 141 CPP par analogie et la condition de l'existence d'une « infraction grave »
 - 4. Les suites pratiques et législatives après l'ATF 143 I 377
 - a. La modification de la pratique par l'Office fédéral des assurances sociales
 - b. La révision actuelle de la LPG et l'art. 43a P-LPGA
 - 5. Les suites jurisprudentielles de l'ATF 143 I 377
- III. L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017 en procédure civile
 - 1. Les faits
 - 2. L'analyse par le Tribunal fédéral de la licéité des preuves recueillies par l'assurance privée
 - a. La jurisprudence de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* n'est pas applicable aux litiges de nature privée
 - b. L'analyse de la licéité de la preuve nécessite une pesée des intérêts
 - 3. Une brève analyse
 - a. L'analyse de la licéité et de l'exploitabilité des observations
 - b. L'application de la jurisprudence de la CourEDH aux assurances privées
- IV. L'ATF 143 IV 387 en procédure pénale
 - 1. Les faits
 - 2. Le raisonnement retenu par le Tribunal fédéral
 - a. L'illicéité des preuves recueillies
 - b. L'exploitabilité des preuves recueillies
 - 3. Une analyse critique de l'ATF 143 IV 387
 - a. L'analyse de l'illicéité des preuves recueillies par un particulier
 - b. L'exploitabilité d'observations illicites en procédure pénale
- V. Une brève conclusion

I. Introduction

[Rz 1] Le 18 octobre 2016, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a condamné la pratique helvétique des assurances-accidents qui observaient les assurés à leur insu¹. Ces observations² portaient atteinte à la sphère privée des assurés (art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; CEDH) et auraient donc dû être prévues par une loi de manière claire et précise³. Faute de base légale, ces observations étaient illicites⁴.

¹ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016, résumé in : JULIEN FRANCEY, La surveillance secrète d'un assuré par une assurance sociale (CEDH), in : www.lawinside.ch/338/ (tous les liens internet dans la présente contribution ont été consultés pour la dernière fois le 1^{er} février 2018).

² Dans la présente contribution, nous avons choisi d'utiliser le terme « observation », lequel se rapproche plus du terme germanique d'*Observation* bien que le terme « surveillance » est également utilisé en français (cf. notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_817/2016 du 15 septembre 2017 dans lequel le Tribunal fédéral utilise tant le terme « observation » que « surveillance » pour désigner le même acte).

³ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016, par. 77.

⁴ Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreux commentaires, cf. notamment CLAUDIA CADERAS/MARC HÜRZELER, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, REAS – Responsabilité et assurance 2016, 425 ss; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse, in : Jusletter 14 août 2017; PIERRE HEUSSER, Privatdetektive,

[Rz 2] A la suite de cette jurisprudence, en juillet et août 2017, le Tribunal fédéral s'est penché à trois reprises sur la licéité et, le cas échéant, sur l'exploitabilité des observations menées pour le compte d'assurances sociales et privées en procédure tant administrative, que civile et pénale.

[Rz 3] Dans le premier arrêt analysé ici⁵, destiné à la publication, le Tribunal fédéral a repris la récente jurisprudence de la CourEDH⁶ et a confirmé que les observations en assurances sociales étaient actuellement illicites faute de base légale suffisamment précise. Après avoir constaté l'illicéité, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de l'exploitabilité; il est arrivé à la conclusion, après avoir procédé à une pesée des intérêts, que l'observation était exploitable dans le cas d'espèce. Cet arrêt doit être lu en lien avec la révision actuelle de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) et, plus précisément, avec le futur art. 43a LPGA qui permettra aux assurances sociales de procéder à nouveau à des observations d'assurés (cf. *infra* II).

[Rz 4] Dans le deuxième arrêt⁷, qui concerne un litige de droit privé, le Tribunal fédéral a constaté que l'observation en cause était licite au sens de l'art. 28 du Code civil suisse (CC). La question de son exploitabilité au regard de l'art. 152 al. 2 du Code de procédure civile (CPC) n'a dès lors pas été examinée. Nous exposerons le raisonnement juridique retenu par les tribunaux lors d'observations menées par des assurances privées et commenterons la question de l'application de la jurisprudence de la CourEDH aux assurances privées (cf. *infra* III).

[Rz 5] Dans le troisième arrêt⁸, en procédure pénale, le Tribunal fédéral a considéré qu'une observation menée par un particulier contrevenait au Code de procédure pénale (CPP) et était donc illicite. Concernant l'exploitabilité, le Tribunal fédéral a étrangement appliqué directement l'art. 141 CPP, s'éloignant de sa jurisprudence pourtant bien établie. Le raisonnement retenu par la première Cour de droit public du Tribunal fédéral n'est, à notre avis, pas convaincant. Nous critiquerons ainsi la solution retenue par le Tribunal fédéral pour juger de la licéité d'une observation menée par une assurance privée ainsi que pour juger de son exploitabilité (cf. *infra* IV).

[Rz 6] Enfin, nous terminerons avec un aperçu des potentiels prochains développements en matière d'observations au regard de la procédure applicable (cf. *infra* V).

II. L'ATF 143 I 377 en procédure administrative (assurances sociales)⁹

1. Les faits

[Rz 7] Un assuré est au bénéfice d'une rente AI depuis février 2008. En novembre 2010, l'Office AI observe l'assuré à son insu pendant quatre jours en l'espace de deux semaines, et, suite au rapport d'observation, décide de suspendre ses prestations et d'ordonner des expertises supplémentaires.

aufgepasst!, in : Jusletter 9 janvier 2017; PHILIP STOLKIN, Observationen, Kompetenzen und Gesetze, in : Jusletter 27 mars 2017.

⁵ ATF 143 I 377.

⁶ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017.

⁸ ATF 143 IV 387.

⁹ Le résumé des faits et du droit est principalement repris de CÉLIAN HIRSCH, L'exploitabilité de la preuve illicite, in : www.lawinside.ch/498/.

L'Office AI soumet alors l'assuré à une expertise psychiatrique et décide de supprimer toute rente. Cette décision est confirmée par le Tribunal administratif du canton de Zoug.

[Rz 8] Le Tribunal fédéral est saisi par l'assuré et doit déterminer si l'observation menée par l'office AI est licite et, dans la négative, si elle est néanmoins exploitable.

2. L'analyse par le Tribunal fédéral des observations menées par l'assurance-invalidité

a. L'application de la jurisprudence de la CourEDH

[Rz 9] Le Tribunal fédéral commence par rappeler la teneur de l'arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse*¹⁰. Dans cet arrêt, la CourEDH a constaté que les bases légales en matière d'assurance-accidents ne prévoyaient pas expressément la possibilité d'observer les assurés¹¹. Dès lors, les conditions d'ingérence dans la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH n'étaient en l'espèce pas remplies, ce qui rendait les preuves recueillies illicites¹².

[Rz 10] Le Tribunal fédéral considère que cette jurisprudence s'applique également en matière d'assurance-invalidité puisqu'il n'existe pas non plus, en cette matière, de base légale suffisamment claire et détaillée prévoyant l'observation des assurés. 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 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.)¹³.

b. L'exploitabilité des preuves recueillies

[Rz 11] La seconde question à trancher par le Tribunal fédéral est celle de l'exploitabilité des preuves recueillies de manière illicite.

[Rz 12] En procédure pénale, l'art. 141 al. 2 CPP prévoit que 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 jurisprudence considère qu'il faut opérer une pondération des intérêts : plus l'infraction reprochée est grave, plus l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé à ce que la preuve ne soit pas exploitée. Cette jurisprudence pénale s'applique également en droit des assurances sociales, domaine dans lequel il n'existe aucune disposition sur l'interdiction de l'exploitabilité des preuves¹⁴. En procédure civile, l'art. 152 al. 2 CPC prévoit également une pesée des intérêts afin de juger de l'exploitabilité des preuves illicites. De plus, la plupart des règles de procédure administrative cantonale¹⁵ renvoient au CPC, à l'instar de ce qui prévaut dans le canton de Zoug.

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016.

¹¹ *Ibidem*, par. 77.

¹² *Ibidem*.

¹³ ATF 143 I 377, consid. 4.

¹⁴ *Ibidem*, consid. 5.1.1.

¹⁵ Dans le canton de Genève, la Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA/GE; E 5 10) ne règle pas le sort des preuves obtenues de manière illicite; la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a récemment rappelé les différents courants doctrinaux quant à l'exploitabilité des preuves illicites en procédure administrative (Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, Arrêt ATA/240/2017 du 28 février 2017, consid. 7f); elle a finalement appliqué l'art. 141 du Code de procédure pénal du 5 octobre 2007

[Rz 13] Le Tribunal fédéral mentionne deux situations dans lesquelles le moyen de preuve est absolument inexploitable dans le cadre d'une observation par une assurance sociale : s'il s'agit d'une preuve obtenue dans un lieu ne constituant pas un espace public librement visible sans difficulté¹⁶ ou si les actes effectués par l'assuré ont été influencés et ne relèvent donc pas de sa propre initiative (p. ex. si un piège lui est tendu)¹⁷.

[Rz 14] En l'espèce, l'assuré n'a été observé que dans des lieux publics, sans avoir subi d'influence. L'observation a été limitée à quatre jours en l'espace de 14 jours et les phases d'observation dureraient entre cinq et neuf heures. Le Tribunal fédéral en conclut que l'atteinte était relativement faible. L'intérêt public à éviter les abus à l'assurance est, quant à lui, considérable et prépondérant (« *erheblich und gewichtig* »). Dès lors, la pesée des intérêts en jeu permet de retenir, selon le Tribunal fédéral, que l'observation, bien qu'elle soit illicite, est un moyen de preuve exploitable¹⁸. Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours de l'assuré.

3. Une critique de l'arrêt : l'application de l'art. 141 CPP par analogie et la condition de l'existence d'une « infraction grave »

[Rz 15] Il convient de se pencher brièvement sur l'application de l'art. 141 CPP par analogie aux observations illicites menées par des assurances sociales.

[Rz 16] L'art. 141 al. 2 CPP prévoit que 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. Bien que la notion d'infractions graves ne soit pas définie dans le CPP¹⁹, une partie de la doctrine semble s'accorder à dire qu'il s'agit d'infractions qui sont exclusivement punissables par une peine privative de liberté²⁰.

(CPP ; RS 312.0) par analogie pour juger de l'exploitabilité de preuves obtenues par la police en violation du principe de la bonne foi (*ibidem*, consid. 7g) ; cet arrêt ne nous paraît toutefois pas très clair puisque la Chambre arrive à la conclusion que « toutes les preuves acquises suite au contrôle dudit salon de massages ont été obtenues illégalement, de sorte qu'elles ne sont pas exploitables conformément à l'art. 141 CPP applicable par analogie » sans justifier pourquoi les preuves seraient absolument inexploitables, et non pas relativement inexploitables (*ibidem*) ; la Chambre administrative semble ainsi favoriser l'inexploitabilité des preuves illicites en procédure administrative en soulignant que « l'utilisation de moyens de preuves acquis en violation de la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande réserve » (*ibidem*) ; GRODECKI/JORDAN mentionnent cet arrêt sans toutefois préciser la méthode à suivre entre la pesée des intérêts et l'application de l'art. 141 CPP par analogie (STÉPHANE GRODECKI/ROMAIN JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, Berne 2017, n°353 ss, p. 96 s.) ; cf. également un commentaire critique sous un autre angle : STÉPHANE GRODECKI, Les recherches secrètes en procédure administrative : des preuves illégales ? in : RDAF 2017 I p. 604.

¹⁶ ATF 143 I 377, consid. 5.1.3.

¹⁷ *Ibidem*, consid. 5.1.1 ; pour une application de ces deux hypothèses par le Tribunal administratif fédéral, cf. *infra* [Rz 40].

¹⁸ ATF 143 I 377, consid. 5.1.2.

¹⁹ Certains participants à la procédure de consultation de l'avant-projet du CPP avaient d'ailleurs critiqué le fait que la notion d'infraction grave ne soit pas précisée (Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, Berne 2003, p. 44).

²⁰ SABINE GLESS, in : Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014 (cit. BSK StPO-AUTEUR), n° 72 ad art. 141 CPP ; WOLFGANG WOHLERS, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2^e éd., Zurich 2014, n°21a ad art. 141 CPP (et la doctrine citée). Toutefois, avant l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral avait considéré que les crimes au sens de l'art. 10 al. 2 du Code pénal du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0) devaient être considérés comme des infractions graves (ATF 137 I 218, consid. 2.3.5.2.) ce qu'une partie de la doctrine semble reprendre (cf. notamment NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2013, 2^e éd., n°8 ad art. 141 CPP ; YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis

[Rz 17] THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER critiquent le raisonnement du Tribunal fédéral lorsqu'il applique l'art. 141 al. 2 CPP par analogie²¹. Selon ces auteurs, l'escroquerie (art. 146 CP) et l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale (art. 148a CP) ne sont pas nécessairement des infractions graves²².

[Rz 18] En effet, ces deux infractions ne sont pas exclusivement punissables par une peine privative de liberté. Dès lors, l'argument de GÄCHTER/MEIER pourrait s'avérer convaincant : l'application de l'art. 141 al. 2 CPP par analogie ne devrait ainsi pas permettre l'exploitation des observations illicites lorsque les infractions visées ne peuvent pas être considérées comme graves au sens de l'art. 141 al. 2 CPP.

[Rz 19] Toutefois, le Tribunal fédéral a récemment considéré, dans un arrêt concernant également l'exploitabilité d'observations, que l'escroquerie par métier (art. 146 al. 2 CPP) constitue une infraction grave au sens de l'art. 141 al. 2 CPP²³. Le Tribunal fédéral semble ainsi rejoindre une partie de la doctrine qui considère que les infractions graves doivent être comprises comme des crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP²⁴ ; le Tribunal fédéral ne semble donc pas rejoindre la doctrine qui considère que les infractions graves sont celles qui sont exclusivement punissables par une peine privative de liberté²⁵.

[Rz 20] De même, dans l'ATF 143 IV 387, analysé ci-dessous (cf. *infra* IV), le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas exclu que l'escroquerie à l'assurance soit considérée comme une infraction grave²⁶.

[Rz 21] A noter qu'une autre partie de la doctrine fait référence à la liste d'infractions mentionnées à l'art. 269 al. 2 CPP (Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication) pour juger s'il s'agit d'une infraction grave ou non au sens de l'art. 141 al. 2 CPP²⁷. Or, l'art. 148a CP (Obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale) n'est pas compris dans cette liste d'infraction. De même, l'art. 148a CP ne constitue pas un crime, mais un délit. Il est donc peu probable que l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale soit considérée comme une infraction grave au sens de l'art. 141 al. 2 CPP. Seule l'escroquerie à l'assurance pourrait ainsi être considérée comme une infraction grave.

de procédure pénale, Berne 2013, n°9007, p. 184). Une autre partie de la doctrine mentionne également le catalogue prévu par l'art. 269 al. 2 CPP (Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication) pour juger s'il s'agit d'une infraction grave ou non (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, n°797, p. 320 ; LAURENT MOREILLON/AUDE PAREIN-REYMOND, Petit commentaire du Code de procédure pénale, Bâle 2016, 2^e éd., n°13 ad art. 141 CPP).

²¹ GÄCHTER/MEIER (note 4), Rz. 19.

²² *Ibidem*.

²³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_228/2017 du 4 juillet 2017, consid. 3.2 ; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a procédé à une brève pesée des intérêts pour simplement constater que l'intérêt à lutter contre les abus en matière d'obtention de prestations indues ainsi que l'intérêt à la poursuite pénale prévalent sur le respect de la vie privée du prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 6B_228/2017 du 4 juillet 2017, consid. 3.2).

²⁴ MOREILLON/PAREIN-REYMOND (note 20), n°13 ad art. 141 CPP ; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2013, 2^e éd., n°8 ad art. 141 CPP ; JEANNERET/KUHN (note 20), n°9007, p. 184.

²⁵ Cf. toutefois l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_490/2013 du 14 octobre 2013 consid. 2.4.2 dans lequel il précise que l'art. 19 al. 2 let. a LStup prévoit une peine privative de liberté d'un an au moins et que cette infraction constitue un crime (art. 10 al. 2 CP), dès lors le Tribunal fédéral conclut que l'infraction « était, au vu des circonstances d'espèce, sans conteste grave au sens de l'art. 141 al. 2 CPP » (arrêt du Tribunal fédéral 6B_490/2013 du 14 octobre 2013 consid. 2.4.2).

²⁶ ATF 143 IV 387, consid. 4.6.

²⁷ SCHMID (note 20), n°797, p. 320 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (note 20), n°13 ad art. 141 CPP.

[Rz 22] Le Tribunal fédéral semble mettre l'accent sur les circonstances concrètes du cas d'espèce afin de juger si la condition de l'infraction grave est remplie²⁸. D'un côté, cette notion floue a le mérite de laisser au juge un important pouvoir d'appréciation. De l'autre côté, la sécurité juridique s'en trouve appauvrie et l'avocat ne saura prévoir l'exploitabilité de certains moyens de preuve avant que le juge du fond ne se penche sur les circonstances concrètes du cas d'espèce²⁹.

4. Les suites pratiques et législatives après l'ATF 143 I 377

a. La modification de la pratique par l'Office fédéral des assurances sociales

[Rz 23] Suite à l'ATF 143 I 377, l'Office fédéral des assurances sociales a émis la Lettre circulaire AI n°366³⁰. Cette Lettre indique que l'office AI suspend toutes les observations et que celles déjà menées sont admissibles aux conditions cumulatives suivantes :

- L'assuré a été observé uniquement dans des lieux publics et sans avoir subi d'influence.
- L'observation a été engagée sur la base de soupçons étayés.
- Pour n'avoir pas été soumis à une observation systématique ou constante, l'assuré a subi une atteinte relativement modérée à son droit fondamental.

[Rz 24] ANNE-SYLVIE DUPONT considère que ces trois conditions devraient être ancrées dans la LPGA³¹, loi qui fait actuellement l'objet d'une révision (cf. *infra* b).

b. La révision actuelle de la LPGA et l'art. 43a P-LPGA

[Rz 25] Suite à l'arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse*, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-E) a déposé le 8 novembre 2016 une initiative parlementaire visant à préciser et clarifier la base légale régissant l'observation des assurés³². Le 22 février 2017, le Conseil fédéral a lancé la consultation sur la réforme de la LPGA³³. Cette réforme prévoit notamment l'introduction d'un art. 43a LPGA afin de créer la base légale nécessaire permettant aux assurances sociales de procéder à des observations³⁴. Le 7 septembre

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_490/2013 du 14 octobre 2013 consid. 2.4.2

²⁹ A noter qu'en procédure pénale, la question de l'exploitabilité des preuves peut faire l'objet d'une question préjudicielle (art. 339 al. 2 let. d CPP); l'avocat qui conteste l'exploitabilité des preuves pourra ainsi demander au début des débats, voire même en procédure préliminaire, que la question de leur licéité et de leur exploitabilité soit tranchée avant que le juge rende son jugement.

³⁰ Lettre circulaire AI n°366 de l'Office fédéral des assurances sociales du 2 août 2017, disponible sous format pdf à l'adresse internet suivante : https://www.bsvlive.admin.ch/vollzug/storage/documents/4561/4561_1_fr.pdf.

³¹ ANNE-SYLVIE DUPONT, Assurance-invalidité : les observations illicites sont des preuves valables. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016, Newsletter *rcassurances.ch* septembre 2017, p. 9 (cité : DUPONT, observations illicites).

³² Initiative parlementaire 16.479 déposée le 8 novembre 2016 par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats.

³³ Conseil fédéral, La partie générale du droit des assurances sociales doit être révisée, Communiqué de presse du 22 février 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/publications-et-services/medieninformationen/nsb-anzeigeseite-unter-aktuell.msg-id-65726.html>.

³⁴ ANNE-SYLVIE DUPONT critique cet art. 43a P-LPGA tel que proposé par le Conseil fédéral pour cause de manque de précision, notamment sur la possibilité de n'observer l'assuré que s'il « se trouve dans un lieu librement accessible » ou « lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible » (DUPONT, observations illicites (note 31), p. 7); l'auteur signale notamment l'essor des drones qui risque de poser problème en lien cette deuxième notion (DUPONT, observations illicites (note 31), p. 6).

2017, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats a présenté son rapport, en tenant compte de l'ATF 143 I 377, et a proposé une nouvelle teneur de l'art. 43a LPGA³⁵. Le 1^{er} novembre 2017, le Conseil fédéral a publié son avis sur ce rapport³⁶. La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats a tenu compte de ce rapport et a publié un dépliant avec sa nouvelle prise de position³⁷.

[Rz 26] Il convient de se pencher brièvement sur l'art. 43a P-LPGA.

[Rz 27] L'art 43a al. 1 P-LPGA met en application le principe de proportionnalité³⁸ et précise que l'assurance devra disposer « d'indices concrets laissant présumer que cette personne perçoit ou tente de percevoir indûment des prestations » (art 43a al. 1 let. a P-LPGA)³⁹. La notion d'indices concrets est reprise tant de l'art. 282 al. 1 let. a CPP que de la jurisprudence applicable en procédure civile et en procédure administrative⁴⁰. GÄCHTER/MEIER soulignent toutefois que la notion d'indices concrets doit être interprétée de manière plus restrictive en assurances sociales qu'en procédure pénale⁴¹.

[Rz 28] L'art 43a al. 2 P-LPGA prévoit que l'assuré ne peut être observé que s'il se trouve dans un lieu librement accessible (let. a) ou s'il se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible (let. b). Une minorité de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats critique cette seconde possibilité. En effet, selon elle, il convient d'en rester à la première possibilité, laquelle permet d'éviter toute difficulté de délimitation ; de plus, elle reprend une formulation déjà utilisée à l'art. 282 al. 1 CPP⁴². Les participants à la consultation ont également critiqué cette seconde possibilité qui permettrait d'observer l'assuré à l'intérieur de son logement⁴³. Le Conseil fédéral soutient cette deuxième possibilité qui, selon lui, codifie la doctrine dominante et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral⁴⁴. Toutefois, selon GÄCHTER/MEIER, ni la jurisprudence actuelle ni la doctrine dominante ne prévoient la pos-

³⁵ Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats, Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 7 septembre 2017 sur l'initiative parlementaire 16.479, FF 2017 7003 ; Projet de loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (Base légale pour la surveillance des assurés), FF 2017 7017.

³⁶ Conseil fédéral, Avis du Conseil fédéral sur le Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 7 septembre 2017 sur l'initiative parlementaire 16.479, FF 2017 7021.

³⁷ Initiative parlementaire 16.479, Dépliant de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats avec la comparaison des diverses versions : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160479/S1%20F.pdf>.

³⁸ L'art 43a al. 1 let. b P-LPGA prévoit en effet la condition suivante : « sans mesure d'observation, les mesures d'inspection n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles ».

³⁹ Une minorité de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etat a proposé d'ajouter une approbation de l'observation par un juge du tribunal cantonal des assurances (FF 2017 7017, 7018) ; le Conseil fédéral n'a pas soutenu cette propositions au motif qu'une « observation dans une procédure administrative ne représente pas une atteinte plus grande aux droits fondamentaux que, par exemple, une observation dans une procédure pénale » (FF 2017 7021, 7025), or l'art. 269 al. 1 CPP prévoit la compétence du ministère public, et non du tribunal des mesures de contrainte, pour ordonner des mesures de surveillances secrètes.

⁴⁰ Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (note 35), FF 2017 7003, 7010.

⁴¹ THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Observation – ein Rechtsinstitut unter Beobachtung, in : Jusletter 11 décembre 2017, Rz. 17.

⁴² Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (note 35), FF 2017 7003, 7007.

⁴³ Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (note 35), FF 2017 7003, 7008.

⁴⁴ Conseil fédéral (note 36), FF 2017 7021, 7025.

sibilité d'observer un assuré dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible⁴⁵, contrairement à ce que prétend le Conseil fédéral⁴⁶.

[Rz 29] De plus, en procédure pénale, les autorités d'investigations ne peuvent observer secrètement des personnes et des choses que dans des lieux librement accessibles, et non dans des lieux qui sont visibles depuis un lieu librement accessible (art. 282 al. 1 CPP). L'art 43a al. 2 let. b P-LPGA donnerait ainsi la possibilité aux assurances sociales de procéder à des observations bien plus poussées que celles menées par les autorités pénales, ce qui nous paraît critiquable⁴⁷.

[Rz 30] L'art 43a al. 3 P-LPGA précise que l'observation peut avoir lieu sur 30 jours au maximum au cours d'une période de six mois à compter du premier jour d'observation. Elle peut être prolongée si des raisons valables le justifient⁴⁸. Le Conseil fédéral a proposé de limiter la prolongation à six mois au maximum, ce que la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats a accepté. En effet, la CourEDH considère que la loi doit prévoir la durée maximum de l'observation⁴⁹.

[Rz 31] On remarque que l'art. 43a P-LPGA reprend certaines conditions jurisprudentielles établies par le Tribunal fédéral (lieu librement accessible) ou par la CourEDH (limitation de la durée de l'observation), alors que d'autres conditions n'ont pas été reprises (l'interdiction d'influencer le comportement de l'assuré lors de l'observation). De plus, une nouvelle possibilité d'observation ne semble pas correspondre à la jurisprudence actuelle (soit si l'assuré se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible, condition prévue par l'art. 43a al. 2 let. b p-LPGA).

[Rz 32] Cette dernière possibilité d'observer l'assuré qui se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible mériterait d'être analysée de manière plus approfondie avant d'être adoptée par les Chambres fédérales⁵⁰.

[Rz 33] En effet, il convient de vérifier si cette possibilité ne modifie pas l'actuelle jurisprudence et ouvrirait donc la possibilité de procéder à des observations bien plus étendues qu'à l'heure actuelle⁵¹. A ce sujet, le Tribunal administratif fédéral a récemment considéré que l'observation d'un assuré à l'intérieur d'un restaurant ne peut pas être considérée comme ayant eu lieu dans un espace public librement visible⁵². Cette jurisprudence pourrait toutefois ne plus trouver application en cas d'adoption de l'art. 43a al. 2 let. b P-LPGA.

[Rz 34] Pour conclure, on ne peut que se réjouir que le législateur ait décidé de formuler les conditions d'observations dans une base légale au sens formel après que la CourEDH a condamné la Suisse. Toutefois, le législateur a oublié un aspect important dans sa réforme : il n'a traité que

⁴⁵ GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 26.

⁴⁶ Conseil fédéral (note 36), FF 2017 7021, 7025.

⁴⁷ Cf. également du même avis : GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 22 ss.

⁴⁸ Le premier projet du Conseil fédéral prévoyait un maximum de 20 jours sur une période de trois mois.

⁴⁹ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016, par. 74.

⁵⁰ Cf. pour un bref commentaire critique de cette nouvelle possibilité : THOMAS GÄCHTER, *Überwachung von Versicherten : Wie viel ist genug?*, Gastkommentar in NZZ, 28 novembre 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.nzz.ch/meinung/ueberwachung-von-versicherten-wieviel-ist-genug-ld.1330895> et pour une analyse plus détaillée : GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 5 ss.

⁵¹ Cf. une analyse critique de cette nouvelle possibilité : GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 22 ss.

⁵² Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8034/2015 du 3 novembre 2017, consid. 4.2.8.

de la licéité de l'observation, et non de l'exploitabilité des observations qui ne rempliraient pas les conditions du futur art. 43a LPGa. Or, cet aspect est primordial⁵³.

[Rz 35] En effet, le Tribunal fédéral semble facilement considérer, après une rapide pesée des intérêts, que les observations illicites sont toutefois exploitables en assurances sociales (cf. *infra* [Rz 38]). Dès lors, prévoir de manière précise les conditions d'observations ne permet que de respecter la jurisprudence de la CourEDH, mais ne permet pas à l'assuré de connaître les situations dans lesquelles une observation à son insu pourra être utilisée en justice contre lui, ce qui nous paraît critiquable. Le législateur devrait ainsi se saisir de cette problématique pour régler, au moins en assurances sociales, la question de l'exploitabilité d'observations illicites.

[Rz 36] Si le législateur ne règle pas cette question, il convient de se demander si l'actuelle jurisprudence en matière d'exploitabilité d'observations illicites doit être réexaminée. En effet, dès que le législateur aura expressément clarifié les conditions de licéité des observations, est-ce que le juge pourra encore considérer qu'une observation menée en dehors de cadre légal peut quand même être exploitée après une brève pesée des intérêts ?

[Rz 37] En théorie, et avec l'application de l'art. 141 CPP par analogie, tel pourrait être le cas. Il s'agira toutefois de vérifier si cela correspond réellement à la volonté du législateur, lequel n'aura probablement pas expressément réglé l'exploitabilité d'observations illicites en assurances sociales, mais aura expressément précisé les conditions de licéité de ces observations.

5. Les suites jurisprudentielles de l'ATF 143 I 377

[Rz 38] Suite à l'ATF 143 I 377, le Tribunal fédéral a rendu de nombreux arrêts sur l'illicéité et l'exploitabilité des observations menées par des assurances sociales. Dans la totalité des cas rendus en 2017 (à notre connaissance), le Tribunal fédéral a jugé que les observations étaient illicites, mais exploitables⁵⁴. Une approche aussi invariable en faveur de l'exploitabilité des observations illicites ne convainc pas forcément. Le Tribunal fédéral procède-t-il réellement à une pesée des intérêts en fonction des cas d'espèce, ou l'intérêt public de l'assureur social et de la collectivité des assurés à empêcher la perception illicite de prestations prévaut-il dans tous les cas sur l'intérêt privé au respect de la vie privée⁵⁵ ?

⁵³ GÄCHTER/MEIER affirment même que le futur art. 43a LPGa pourrait être considéré comme une simple recommandation de comportement aux assurances sociales vu la pratique actuelle en faveur de l'exploitabilité des preuves (GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 101).

⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_45/2017 du 26 juillet 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_735/2016 du 27 juillet 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_69/2017 du 18 août 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_802/2016 du 21 août 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_385/2017 du 21 août 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_192/2017 du 25 août 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_261/2017 du 11 septembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_468/2017 du 11 septembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_304/2016 du 15 septembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_817/2016 du 15 septembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_349/2017 du 6 octobre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_352/2017 du 9 octobre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_305/2017 du 20 octobre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_570/2016 du 8 novembre 2017 (dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé toutefois que l'intérieur d'une maison d'hôte ne constitue pas un espace public librement accessible, contrairement à l'extérieur du bâtiment où l'assurée avait été filmée) ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_328/2017 du 9 novembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_261/2017 du 14 novembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_262/2017 du 15 novembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_235/2017 du 23 novembre 2017 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_386/2017 du 23 novembre 2017.

⁵⁵ Cf. GÄCHTER/MEIER qui affirment que « *Das Interesse an der Verhinderung des unrechtmässigen Leistungsbezugs überwiegt immer!* » : GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 106.

[Rz 39] Nous rejoignons donc la critique de DUPONT qui souligne le caractère bref du raisonnement du Tribunal fédéral en matière de pondération des intérêts⁵⁶, que cela soit dans l'ATF 143 I 377 ou dans les autres⁵⁷.

[Rz 40] De son côté, le Tribunal administratif fédéral a jugé par deux fois que des observations menées par des assurances sociales n'étaient pas exploitables. Dans le premier cas, le détective a directement pris contact avec l'assuré et sa femme, ce qui a pour conséquence de rendre le rapport d'observation inexploitable dès lors que l'assuré a été influencé par le détective⁵⁸. Dans le second cas, le Tribunal administratif fédéral a considéré que l'observation d'un assuré à l'intérieur d'un restaurant ne peut pas être considérée comme ayant eu lieu dans un espace public librement visible. Le résultat de cette observation n'est donc pas exploitable⁵⁹.

III. L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017 en procédure civile

1. Les faits

[Rz 41] Un employé travaille depuis octobre 2010 au sein de sa propre entreprise et est assuré auprès d'une assurance privée pour la perte de gain en cas de maladie selon la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA). En 2014, l'employé indique à son assurance qu'il est en incapacité de travail et perçoit donc des indemnités journalières en raison de cette incapacité. En juin 2015, l'assurance informe l'employé qu'elle l'a fait observer durant trois jours en avril et mai 2015. Il ressort de ces observations qu'il a en réalité travaillé malgré sa prétendue incapacité de travail. L'assurance résilie alors le contrat et demande le remboursement des indemnités journalières.

[Rz 42] L'employé dépose une demande en paiement des indemnités journalières contre l'assurance auprès du Tribunal administratif du canton de Schwyz. L'assurance prend des conclusions reconventionnelles concernant les indemnités journalières déjà perçues par l'employé ainsi que sur les coûts de l'observation. Le Tribunal administratif rejette l'action de l'employé, met les coûts de l'observation à la charge de l'employé et rejette pour le reste les conclusions de l'assurance.

[Rz 43] L'employé exerce alors un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral en affirmant que l'observation serait illicite et violerait les art. 9, 10 al. 2 et 13 Cst. ainsi que l'art. 28 CC. L'employé invoque également l'arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016.

⁵⁶ DUPONT souligne que le raisonnement du Tribunal fédéral relatif à la pondération des intérêts prend à peine dix lignes (DUPONT, observations illicites (note 31), p. 7.). Elle critique le fait que l'intérêt public bénéficie d'une valeur absolue et que l'existence d'un intérêt public à éviter les abus est affirmée, sans autre explication (DUPONT, observations illicites (note 31), p. 8). En effet, cette auteure nous rappelle que la lutte contre les abus coûte cher et que les abus ne se confirment que dans un tiers des cas (DUPONT, observations illicites (note 31), p. 8).

⁵⁷ Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 9C_817/2016 du 15 septembre 2017, consid. 3.3.3 dans lequel le Tribunal fédéral affirme simplement que « l'intérêt public apparaît prépondérant compte tenu des circonstances concrètes » après avoir constaté que « [l']observation a eu lieu pendant cinq jours en l'espace de onze jours et a duré chaque fois près de neuf heures. Elle a porté sur le comportement et les actes quotidiens de l'assuré à l'extérieur de chez lui : sortie de l'immeuble, conduite d'une voiture, entrée et sortie d'un magasin, accueil d'une connaissance » (arrêt du Tribunal fédéral 9C_817/2016 du 15 septembre 2017, consid. 3.3.3).

⁵⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3373/2015 du 18 octobre 2017, consid. 6.6.3.

⁵⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8034/2015 du 3 novembre 2017, consid. 4.2.8.

2. L'analyse par le Tribunal fédéral de la licéité des preuves recueillies par l'assurance privée

a. La jurisprudence de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* n'est pas applicable aux litiges de nature privée

[Rz 44] En premier lieu, le Tribunal fédéral rejette l'application de l'arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016 au cas d'espèce. En effet, il ne voit pas en quoi une observation menée par une assurance privée dans un litige privé pourrait avoir comme conséquence une violation par l'Etat du droit au respect de la vie privée et familiale selon l'art. 8 al. 2 CEDH⁶⁰.

b. L'analyse de la licéité de la preuve nécessite une pesée des intérêts

[Rz 45] Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que les observations menées par les assurances privées peuvent violer le droit de l'assuré à sa sphère privée ainsi que le droit à son image. Toutefois, l'atteinte n'est pas illicite si l'intérêt à éviter les abus prévaut sur l'intérêt à l'intégrité de la personnalité de l'assuré⁶¹. Le Tribunal fédéral souligne que l'assuré est obligé de donner des informations sur sa santé et sur sa capacité de travail ; il doit également tolérer que des enquêtes objectivement requises soient effectuées sur sa personne, même à son insu. La licéité de l'observation dépend de la gravité de l'atteinte aux droits de la personnalité et donc des facteurs suivants : les prestations dues par l'assurance, le lieu, la durée et le contenu de l'observation, ainsi que sa proportionnalité, à savoir si les moyens utilisés durant l'observation étaient aptes et nécessaires pour atteindre les buts visés⁶².

[Rz 46] En l'espèce, les observations ont exclusivement eu lieu dans des espaces publics librement visibles, durant trois jours du matin au soir. Elles ont été limitées dans le temps et dans l'espace. Le Tribunal fédéral confirme le jugement cantonal : les observations sont licites et donc *a fortiori* exploitables⁶³.

3. Une brève analyse

a. L'analyse de la licéité et de l'exploitabilité des observations

[Rz 47] De manière générale, il y a atteinte au droit à sa propre image dès qu'une personne est photographiée sans son accord ou qu'une photographie est publiée sans son autorisation⁶⁴. Dès lors, l'observation d'un assuré sera toujours considérée comme une atteinte au droit de la personnalité de l'assuré au sens de l'art. 28 CC⁶⁵. L'art. 28 al. 2 CC prévoit qu'une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017, consid. 5.2.

⁶¹ « *das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit* » (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017, consid. 5.3).

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017, consid. 5.3.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ ATF 136 III 410, consid. 2.2.2, JdT 2010 I 553 ; JULIEN FRANCEY, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, thèse, Zurich 2017, n°88 p. 38 ; GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 60 s.

⁶⁵ STOLKIN (note 4), Rz. 43.

[Rz 48] Une fois l'atteinte constatée, le tribunal analyse s'il existe un motif justificatif, c'est-à-dire un intérêt prépondérant privé ou public au sens de l'art. 28 al. 2 CC. Le tribunal use de son pouvoir d'appréciation en procédant à une pesée des intérêts⁶⁶.

[Rz 49] L'intérêt à lutter efficacement contre les abus ainsi qu'à démasquer et à prévenir l'escroquerie à l'assurance doit être mis en balance avec l'intérêt du lésé à l'intégrité de sa personne⁶⁷. Le juge doit notamment prendre en considération les prétentions de l'assuré, l'intensité de l'observation, à savoir le lieu, la durée et le contenu de l'observation, ainsi que la proportionnalité⁶⁸.

[Rz 50] Ces différents critères retenus par le Tribunal fédéral pour juger de la licéité d'observations au regard de l'art. 28 al. 2 CC correspondent ainsi aux critères développés en assurances sociales pour juger de l'exploitabilité des observations illicites. Dès lors, il est fort probable que le juge civil s'inspirera du futur art. 43a LPGa (cf. *supra* II.4.b) pour juger de la licéité de l'atteinte à la personnalité lors d'observations menées par des assurances privées.

[Rz 51] Il est intéressant de noter que, si le tribunal devait arriver à la conclusion que l'atteinte n'est pas justifiée, après avoir procédé à une pesée des intérêts, il devrait ensuite procéder à une seconde pesée des intérêts selon l'art. 152 al. 2 CPC afin de déterminer si la preuve illicite est tout de même exploitable⁶⁹.

[Rz 52] En effet, l'art. 152 al. 2 CPC prévoit que 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. Le juge doit en particulier effectuer une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité⁷⁰.

[Rz 53] A première vue, les deux pesées des intérêts, soit celle prévue à l'art. 28 al. 2 CC et celle prévue à l'art. 152 al. 2 CPC, pourraient se distinguer puisqu'elles ne prendraient pas forcément en considération les mêmes intérêts.

[Rz 54] Toutefois, pour les observations menées par des assurances privées, on peine à distinguer une différence entre ces deux pesées d'intérêts. En effet, les critères pris en compte par le juge pour décider si l'observation est illicite au sens de l'art. 28 al. 2 CC correspondent aux critères pertinents pour juger de l'exploitabilité de l'observation en procédure administrative⁷¹ et pénale⁷².

[Rz 55] Dès lors, si le juge considère que l'atteinte est illicite faute de motif justificatif au sens de l'art. 28 al. 2 CC, il est fort peu probable qu'il considère que la preuve est toutefois exploitable au sens de l'art. 152 al. 2 CPC sur la base de l'intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité⁷³.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017, consid. 5.3.

⁶⁷ ATF 136 III 410, consid. 2.2.3, JdT 2010 I 553.

⁶⁸ ATF 136 III 410, consid. 4.4, JdT 2010 I 553 ; pour une analyse plus détaillée des cas dans lesquels l'atteinte est licite lors d'une observation, cf. BENOÎT CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), Le procès en responsabilité civile, Berne 2011, p. 126 ss.

⁶⁹ PETER GUYAN, in : Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Bâle 2017, n° 10 ad art. 152 CPC.

⁷⁰ ATF 140 III 6, consid. 3.1.

⁷¹ Cf. *supra* [Rz 14].

⁷² Cf. *infra* [Rz 76].

⁷³ Dans le même sens : REGINA AEBI-MÜLLER, Observation – Nutzen und Grenzen aus Sicht des Zivil- und des Zivilprozessrechts, in : Stephan Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zurich 2011, p. 174 ; RÜEDI considère que la pesée d'intérêts prévue à l'art. 28 al. 2 du Code civil du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210) diverge de celle prévue à l'art. 152 al. 2 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272) , toutefois, il admet qu'une

De plus, le Tribunal fédéral considère que la preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive⁷⁴.

[Rz 56] On peut également reprendre la jurisprudence développée en assurances sociales : s'il s'agit d'une preuve obtenue dans un lieu ne constituant pas un espace public librement visible sans difficulté⁷⁵ ou si les actes effectués par l'assuré ont été influencés par l'extérieur et ne relèvent donc pas de sa propre initiative⁷⁶, les observations sont illicites au sens de l'art. 28 al. 2 CC et inexploitables au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.

[Rz 57] Par conséquent, les observations en procédure civile seront soit licites, car l'intérêt de l'assurance prévaut, soit illicites et donc inexploitables.

[Rz 58] En pratique, « la licéité de la surveillance des assurés par des détectives est, dans le cadre de l'assurance privée, en principe facilement validée par les tribunaux »⁷⁷.

b. L'application de la jurisprudence de la CourEDH aux assurances privées

[Rz 59] La CourEDH s'est déjà prononcée sur le respect de la CEDH lors d'observations menées par des assurances privées en Suisse. Même si les observations menées par une assurance privée concernent une relation entre deux particuliers, et non l'Etat, il découle de l'art. 8 CEDH « des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »⁷⁸. La CourEDH a toutefois souligné, en matière d'observations effectuées par des particuliers, « qu'une protection efficace est assurée en la matière par le législateur suisse. En effet, à la fois sur le plan pénal et civil, des voies de recours assorties de sanctions s'ouvrent aux personnes qui s'estiment victimes d'une atteinte à la personnalité »⁷⁹. Ces protections efficaces sont les actions en droit de la personnalité prévues à l'art. 28a CC ainsi que l'art. 179^{quater} CP qui prévoit une sanction pénale en cas de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues.

[Rz 60] Dans l'affaire qui lui était soumise, la CourEDH a considéré que les juges nationaux avaient procédé à une analyse approfondie des intérêts concurrents existants entre l'assureur et l'assurée avant de considérer que, vu l'intérêt prépondérant de l'assureur, l'atteinte était justifiée et donc licite⁸⁰.

preuve illicite au sens de l'art. 28 al. 2 CC ne sera que rarement exploitable au sens de l'art. 152 al. 2 CPC (YVES RÜEDI, *Rechtswidrig erlangte Beweismittel*, in : *Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme*, Annette Dolge (édit.), Zurich 2013, p. 85 s); cf. également GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 85.

⁷⁴ ATF 140 III 6, consid. 3.1.

⁷⁵ ATF 143 I 377, consid. 5.1.3.

⁷⁶ *Ibidem*, consid. 5.1.1.

⁷⁷ ANNE-SYLVE DUPONT, *La protection des données confiées aux assureurs*, in : *La protection des données dans les relations de travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Zurich 2017, p. 207.

⁷⁸ Arrêt de la CourEDH *Verlière contre Suisse* du 28 juin 2001, en droit.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

[Rz 61] Depuis cette décision, la CourEDH ne s'est plus prononcée sur des observations menées par des assurances responsabilité civile en Suisse⁸¹. Dès lors, cette jurisprudence européenne reste applicable⁸².

[Rz 62] On peut regretter que le Tribunal fédéral, dans son arrêt examiné ici, ait rapidement écarté l'application de la jurisprudence *Vukota-Boji contre Suisse* sans même faire référence à une jurisprudence (de la CourEDH⁸³ ou du Tribunal fédéral) ou à de la doctrine⁸⁴.

[Rz 63] La doctrine semble divisée sur l'application de la jurisprudence *Vukota-Boji contre Suisse*⁸⁵ aux assurances privées. Selon PIERRE HEUSSER, les assurances privées sont des entreprises qui bénéficient d'une concession de la part de l'Etat, de sorte qu'elles doivent respecter les droits fondamentaux selon l'art. 35 al. 2 Cst.⁸⁶. CLAUDIA CADERAS/MARC HÜRZELER plaident, pour leur part, pour une harmonisation des conditions des observations faites par les assurances sociales et privées⁸⁷.

[Rz 64] Selon CATHERINE MARIANNE WALDENMEYER, il n'existe toutefois aucune raison de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 136 III 410) ainsi que de celle de la CourEDH (*Verlière contre Suisse*)⁸⁸. De plus, l'art. 8 CEDH n'offre pas une plus grande protection que les art. 28 ss CC⁸⁹. Dès lors, une analyse de la licéité des observations menées par des assurances privées à la lumière de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 28 CC nous mène au même résultat⁹⁰.

[Rz 65] A notre avis, la jurisprudence *Vukota-Boji contre Suisse* ne trouve pas application en droit privé. Une solution inverse, soit considérer que l'absence de base légale précise en matière d'assurances sociales rendrait illicites les observations menées par des assurances privées, ne convainc pas. Comme l'a souligné la CourEDH, les art. 28 ss CC protègent de manière satisfaisante les particuliers. De plus, la Loi fédérale sur la protection des données (LPD), qui est actuellement en révision⁹¹, peut également protéger les personnes observées par des détectives privés⁹².

⁸¹ CATHERINE MARIANNE WALDENMEYER, *Observationen durch Haftpflichtversicherer : rechtmässig oder nicht ?*, in : REAS – Responsabilité et assurance 2017 p. 284 ss, p. 291.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Arrêt de la CourEDH *Verlière contre Suisse* du 28 juin 2001 ou, plus récemment, arrêt de la CourEDH *De La Flor Cabrera contre Espagne* du 27 août 2014.

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017, consid. 5.2.

⁸⁵ Cf. *supra* [Rz 1].

⁸⁶ HEUSSER (note 4), par. 48.

⁸⁷ CADERAS/HÜRZELER (note 4), 425 ss, p. 427.

⁸⁸ WALDENMEYER (note 81), p. 284 ss, p. 292.

⁸⁹ CADERAS/HÜRZELER (note 4), 425 ss, p. 427 ; STOLKIN (note 4), Rz. 41.

⁹⁰ STOLKIN (note 4), Rz. 42.

⁹¹ Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565.

⁹² FRANCEY (note 64) n°656 p. 284.

IV. L'ATF 143 IV 387 en procédure pénale⁹³

1. Les faits

[Rz 66] Suite à un accident de la route, un assuré est déclaré en incapacité de gain par une expertise psychiatrique.

[Rz 67] L'assurance responsabilité civile mandate un détective privé afin de l'observer, dans des espaces publics, à cinq reprises entre 2006 et 2013.

[Rz 68] L'assurance dépose une plainte pénale contre l'assuré et produit l'expertise privée résultant des observations. Dans le cadre de l'instruction, le Ministère public de Soleure perquisitionne divers documents et enregistrements au domicile du prévenu.

[Rz 69] Le prévenu demande la mise sous scellés de ces documents, mais le Tribunal des mesures de contrainte (TMC) accepte la levée des scellés requise par le Ministère public. Le TMC considère que la jurisprudence récente sur les preuves illicites récoltées à l'aide d'observations en matière d'assurances sociales⁹⁴ ne s'applique pas en procédure pénale. De plus, en droit pénal, la partie plaignante a en principe le droit de se procurer ses propres moyens de preuve et de les déposer auprès de l'autorité compétente.

[Rz 70] Le prévenu forme un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral, lequel doit notamment déterminer si les observations privées sont illicites et, le cas échéant, si elles sont exploitables au stade de la procédure de levée des scellés.

2. Le raisonnement retenu par le Tribunal fédéral

a. L'illicéité des preuves recueillies

[Rz 71] A titre liminaire, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral⁹⁵ souligne que la décision définitive sur l'exploitabilité d'une preuve revient à la direction de la procédure, respectivement au juge du fond, même s'il y a une procédure préalable concernant la levée des scellés⁹⁶.

[Rz 72] Le Tribunal fédéral souligne qu'en droit suisse, il n'existe pas encore de base légale pour les observations privées, notamment par un détective privé, à l'encontre des présumés fraudeurs à l'assurance⁹⁷. Le Tribunal fédéral rappelle tout de même la teneur de l'arrêt de la Cour EDH *Vukota-Boji contre Suisse* et de l'ATF 143 I 377 en matière d'observations mandatées par des assurances sociales (cf. *supra* II)⁹⁸.

[Rz 73] En procédure pénale plus spécifiquement, les moyens de preuve sont en principe recueillis par l'autorité pénale compétente (art. 139 al. 1 CPP). Bien que la partie plaignante puisse déposer

⁹³ Le résumé des faits et du droit est presque intégralement repris de CÉLIAN HIRSCH, L'illicéité et l'exploitabilité d'une observation privée en procédure pénale, in : www.lawinside.ch/504/.

⁹⁴ ATF 143 I 377, examiné ci-dessus (cf. *supra* II).

⁹⁵ C'est la première Cour de droit public, et non la Cour de droit pénal, qui a rendu cet arrêt puisque cette première est compétente pour les recours en matière pénale contre les décisions incidentes relevant de la procédure pénale (art. 29 al. 3 de la Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 [RTF ; RS 173.110.131]).

⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_75/2017 du 16 août 2017, destiné à la publication, consid. 3.6, considérant non publié dans l'ATF 143 IV 387.

⁹⁷ *Ibidem*, consid. 4.1.

⁹⁸ *Ibidem*, consid. 4.1.2–4.1.4.

ses propres moyens de preuve, les mesures de contrainte ne peuvent, en principe, être exécutées que par le ministère public, le tribunal ou, dans les cas prévus par la loi, par la police. Les seuls cas dans lesquels les particuliers peuvent exceptionnellement appliquer une mesure de contrainte sont réglés expressément par le CPP (p. ex. art. 218 CPP et art. 263 al. 3 CPP). Les bases légales relatives à l'observation au sens de l'art. 282 CPP, laquelle constitue une mesure de contrainte, ne prévoient pas de telles exceptions. Or, une observation systématique par un détective privé revient au même résultat qu'une observation par l'autorité pénale compétente, c'est-à-dire à une atteinte à la sphère privée de la personne observée. Dès lors, selon le Tribunal fédéral, puisque la loi ne prévoit pas d'observation privée, une telle atteinte viole les droits fondamentaux et le CPP⁹⁹. Elle est donc illicite.

b. L'exploitabilité des preuves recueillies

[Rz 74] Toutefois, même si la preuve a été recueillie de manière illicite, elle n'est pas pour autant inexploitable. Comme la CourEDH l'a rappelé dans son arrêt *Vukota-Boji contre Suisse*, la question de l'exploitabilité d'une preuve illicite s'analyse au regard du droit interne, tant que le droit au procès équitable (art. 6 ch. 1 CEDH) est respecté¹⁰⁰.

[Rz 75] L'art. 141 al. 2 CPP prévoit que 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 ne soit indispensable pour élucider des infractions graves.

[Rz 76] En l'espèce, la procédure en est au stade de la procédure préliminaire. Le Ministère public enquête sur un crime qui concerne un cas grave d'escroquerie à l'assurance avec des sommes d'argent d'origine criminelle élevées. De plus, les observations privées ont eu lieu dans des lieux librement visibles. Dès lors, le prévenu n'a pas subi d'atteinte grave à sa personnalité. Enfin, les conditions pour une observation par l'autorité pénale auraient été remplies. Dès lors, bien qu'il ne soit pas manifestement exclu que les observations privées puissent être considérées comme inexploitables, le Tribunal fédéral considère que cet examen revient au juge du fond et rejette le recours sur ce point¹⁰¹.

3. Une analyse critique de l'ATF 143 IV 387

[Rz 77] Nous procéderons en premier lieu à une analyse de la question de l'illicéité des preuves recueillies par un particulier en critiquant le changement jurisprudentiel tacite apporté par ce nouvel arrêt (cf. *infra* a). Nous examinerons ensuite l'exploitabilité d'observations illicites en procédure pénale en soulignant également un changement jurisprudentiel tacite, lequel ne paraît pas encore bien établi (cf. *infra* b).

⁹⁹ *Ibidem*, consid. 4.2.

¹⁰⁰ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016, par. 92.

¹⁰¹ ATF 143 IV 387, consid. 4.6.

a. L'analyse de l'illicéité des preuves recueillies par un particulier

[Rz 78] Cet arrêt peut surprendre quant au raisonnement retenu par le Tribunal fédéral pour trancher le caractère illicite d'une preuve.

[Rz 79] Il convient de rappeler que ni la question de l'illicéité – ni d'ailleurs celle de l'exploitabilité (cf. *infra* b) – d'une preuve recueillie par un particulier n'est réglée par le CPP. Toutefois, l'avant-projet du CPP (AP-CPP) prévoyait, à son art. 150, que « [l]es preuves qui ont été obtenues de manière punissable par des particuliers ne peuvent être exploitées dans une procédure pénale que si l'intérêt public ou privé à la recherche de la vérité l'emporte sur les intérêts protégés par les dispositions pénales enfreintes ». Cette disposition n'a pas été reprise dans la version finale du CPP.

[Rz 80] En l'espèce, le Tribunal fédéral semble aller plus loin que l'art. 150 AP-CPP en considérant que tout acte provenant d'un particulier qui correspond et a les mêmes effets qu'une mesure de contrainte doit être considéré comme illicite, à moins que le CPP ne prévoie expressément le droit au privé d'intervenir (p. ex. art. 218 CPP et art. 263 al. 3 CPP).

[Rz 81] Ainsi, selon la première Cour de droit public du Tribunal fédéral, l'observation menée par un détective privé dans le respect du droit pénal, voire même du droit privé (art. 28 CC), constitue une preuve illicite en procédure pénale lorsqu'elle correspond et a les mêmes effets qu'une mesure de contrainte.

[Rz 82] A notre avis, cette nouvelle jurisprudence ne convainc pas. Il convient de se rappeler tout d'abord de la méthode à suivre pour juger de la licéité d'une preuve recueillie par un particulier (cf. *infra* [Rz 83]) avant d'exposer les motifs pour lesquels cette nouvelle jurisprudence est discutable (cf. *infra* [Rz 85]).

[Rz 83] La première question à résoudre est de déterminer les critères pertinents pour juger de la licéité d'un moyen de preuve¹⁰². A notre avis, il convient d'analyser la méthode par laquelle la preuve a été recueillie afin de constater si une norme légale a été violée¹⁰³. Concrètement, en matière d'observation par une assurance, la licéité va dépendre de la relation privée ou publique entre l'assuré et l'assurance :

- si une assurance sociale observe un assuré, cette observation est illicite en raison du manque d'une base légale suffisamment précise en matière d'assurances sociales¹⁰⁴ ;
- si l'observation est menée par une assurance privée, la licéité sera principalement analysée au regard de l'art. 28 CC¹⁰⁵, ou d'autres normes de droit privé, comme la LPD¹⁰⁶.

¹⁰² BSK StPO-GLESS (note 20), n° 40c ad art. 141 CPP.

¹⁰³ Cf. CHAPPUIS qui distingue, pour un procès civil, entre les preuves obtenues en violation du droit pénal, civil, administratif ou en violation du droit de procédure, (CHAPPUIS, note 68, p. 112 ss).

¹⁰⁴ Arrêt de la CourEDH *Vukota-Boji contre Suisse* du 18 octobre 2016 ; ATF 143 I 377.

¹⁰⁵ Le Tribunal fédéral a récemment analysé la question de la licéité d'une preuve déposée par un particulier dans une procédure pénale sous l'angle de l'art. 28 CC (arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2017, 6B_1310/2015, consid. 5.5.3) ; de même, le *Kantonsgericht* de Schwyz a récemment analysé, en procédure pénale, la licéité et l'exploitabilité d'une preuve recueillie par un particulier avec une *dashcam* dans sa voiture au regard de l'art. 28 CC ainsi que de la Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD ; RS 235.1) (arrêt du 20 juin 2017 du *Kantonsgericht* de Schwyz STK 2017 1) ; cf. également THOMAS GEISER/URSULA UTINGER, *Dashcams und Drohnen : Selbstjustiz ist kein Mittel*, Gastkommentar in NZZ, disponible à l'adresse suivante : <https://www.nzz.ch/meinung/gast-data-geiser-uttinger-ld.1346016> et URSULA UTINGER, *Nutzung von Dashcam als Beweismittel*, in : Jusletter 12 février 2018.

¹⁰⁶ A noter que cette conception de l'illicéité va plus loin que celle mentionnée dans l'art. 150 AP-CPP ainsi qu'à l'art. 141 al. 2 CPP. En effet, selon ces deux dispositions, la preuve est illicite si elle est a été recueillie en violation d'une

[Rz 84] Dans tous les cas, si l'observation est recueillie en violation d'une norme pénale (p.ex. art. 179^{quater} CP) sans qu'il existe un motif justificatif (notamment si l'acte est autorisé par la loi (art. 14 CP)¹⁰⁷, en cas de légitime défense (art. 15 CP) ou d'état de nécessité licite (art. 17 CP)¹⁰⁸), elle sera illicite, mais pas forcément inexploitable¹⁰⁹. Enfin, le droit administratif doit également être pris en compte pour juger de la licéité d'une preuve¹¹⁰.

[Rz 85] Ainsi, en aucun cas la licéité d'une preuve recueillie par un particulier n'est tranchée exclusivement au regard du CPP, notamment en application des art. 196 ss CPP (mesures de contrainte). En effet, les art. 196 ss CPP ont pour seul but de régir les activités des autorités pénales, et seulement exceptionnellement celles des particuliers (p. ex. art. 218 CPP et art. 263 al. 3 CPP). Qu'un policier vienne observer secrètement et sans aucun soupçon préalable un individu dans la rue n'est à juste titre pas licite au regard du CPP. Mais si un particulier devait adopter le même comportement, l'analyse de la licéité devrait se faire en fonction du droit pénal ou du droit civil, mais non en fonction d'un code qui a pour but de régir la poursuite et le jugement d'infractions par les autorités pénales (art. 1 al. 1 CPP)¹¹¹.

[Rz 86] De plus, dans un arrêt du 17 juillet 2017, la Cour de droit pénal a retenu que l'assurance privée qui observe un assuré n'est pas soumise au respect des droits fondamentaux de ce dernier¹¹². Dès lors, l'argument selon lequel il n'existe pas de base légale pour une observation privée est dénué de pertinence¹¹³.

[Rz 87] Dès lors, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral ne convainc pas lorsqu'elle analyse la licéité des observations d'un particulier au regard du CPP. Cela ne correspond ni à la volonté du législateur, ni à l'interprétation faite par la doctrine et la jurisprudence du caractère « illicite » d'une preuve déposée par un particulier dans procédure pénale¹¹⁴.

[Rz 88] Ainsi, dans le cas d'espèce, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral aurait dû se demander si l'observation menée par l'assurance privée violait une norme de droit pénal ou de droit privé. Comme dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2017 du 27 juillet 2017 analysé ci-dessus (cf. *supra* III), l'examen du Tribunal fédéral aurait dû porter sur la violation de l'art. 28 CC lors de l'observation de l'assuré menée par l'assurance privée¹¹⁵.

norme de droit pénal (cf. la version allemande : *strafbar*). Cette distinction est logique puisque l'art. 141 CPP vise les preuves recueillies par les autorités étatiques, lesquelles ne sont pas soumises au droit privé, contrairement aux preuves recueillies par les particuliers, lesquels doivent respecter le droit privé, notamment l'art. 28 CC et la LPD.

¹⁰⁷ Pour les particuliers, on pensera alors aux actes expressément autorisés par le CPP (p. ex. art. 218 CPP et art. 263 al. 3 CPP).

¹⁰⁸ SCHMID (note 20), n°802, p. 325 ; JEANNERET/KUHN (note 20), n°9012, p. 188.

¹⁰⁹ BSK StPO-GLESS (note 20) n° 40c ad art. 141 CPP.

¹¹⁰ ATF 140 III 6, dans lequel le Tribunal fédéral considère qu'un courrier d'avocat produit en procédure civile alors qu'il a été envoyé « sous les réserves d'usage » est illicite au regard de l'art. 12 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (Loi sur les avocats, LLCA ; RS 935.61).

¹¹¹ Cf. GÄCHTER/MEIER qui critiquent également le raisonnement retenu par le Tribunal fédéral dans son arrêt 1B_75/2017 du 16 août 2017 (GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 68).

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1241/2016 du 17 juillet 2017, consid. 1.2.1.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ JÉRÔME BÉNÉDICT/JEAN TRECCANI soulignent également que « les règles de procédure ont été conçues essentiellement pour régir les actes des autorités et ne sont donc pas opposables, par définition, aux particuliers » (JÉRÔME BÉNÉDICT/JEAN TRECCANI, in : Code de procédure pénale suisse (CPP), 1^{re} éd., Bâle 2010 (cit. CR CPP-AUTEUR) n°13 ad Intro. art. 139–141 CPP).

¹¹⁵ Cf. du même avis : GÄCHTER/MEIER (note 41), Rz. 95.

[Rz 89] Si le tribunal arrive à la conclusion que la preuve a été recueillie par un particulier d'une manière illicite, il doit encore analyser si la preuve est tout de même exploitable.

b. L'exploitabilité d'observations illicites en procédure pénale

[Rz 90] Contrairement à l'examen retenu pour juger de la licéité de la preuve, c'est le droit de procédure applicable qui détermine l'exploitabilité ou non d'une preuve.

[Rz 91] Comme indiqué ci-dessus, l'art. 150 AP-CPP prévoyait que « [l]es preuves qui ont été obtenues de manière punissable par des particuliers ne peuvent être exploitées dans une procédure pénale que si l'intérêt public ou privé à la recherche de la vérité l'emporte sur les intérêts protégés par les dispositions pénales enfreintes ». Cette disposition n'a toutefois pas été reprise dans la version finale du CPP.

[Rz 92] Jusqu'à l'ATF 143 IV 387 il était de jurisprudence constante que les preuves recueillies illicitement par des particuliers pouvaient malgré tout être prises en considération pour autant qu'elles auraient pu être obtenues légalement par les autorités pénales et qu'une pesée des intérêts justifiait leur exploitation¹¹⁶.

[Rz 93] La doctrine considère également que les preuves obtenues illicitement par des particuliers ne sont exploitables que si, cumulativement, elles avaient pu être recueillies par les autorités pénales et qu'une pesée des intérêts justifie leur exploitation¹¹⁷.

[Rz 94] Dans l'ATF 143 IV 387 le Tribunal fédéral semble appliquer directement l'art. 141 CPP pour juger de l'exploitabilité de la preuve recueillie par un particulier¹¹⁸. Le Tribunal fédéral mentionne d'ailleurs expressément que les écoutes téléphoniques privées, l'installation de mesures de surveillance par des privés ainsi que des investigations secrètes par des détectives privés tombent sous le coup de l'art. 141 al. 1 CPP et sont ainsi absolument inexploitables¹¹⁹. Partant, la question de l'exploitabilité de la preuve recueillie par un particulier serait réglée par l'art. 141 CPP appliqué par analogie¹²⁰.

[Rz 95] Cette nouvelle jurisprudence n'est toutefois pas encore établie, même au sein de la première Cour de droit public du Tribunal fédéral.

¹¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_474/2017 du 8 novembre 2017, consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 1B_231/2017 du 17 août 2017, consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1241/2016 du 17 juillet 2017, consid. 1.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_667/2016 du 25 janvier 2017, consid. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral 1B_76/2016 du 30 mars 2016; arrêt du Tribunal fédéral 6B_786/2015 du 8 février 2016, consid. 1.2.

¹¹⁷ BSK StPO-GLESS (note 20) n° 40a ad art. 141 CPP; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (note 20), n°9 ad Rem. Pré. concernant les moyens de preuves; JEANNERET/KUHN (note 20), n°9011, p. 187; SCHMID (note 20), n°802, p. 324.

¹¹⁸ ATF 143 IV 387, consid. 4.6.

¹¹⁹ *Ibidem*, consid. 4.5.

¹²⁰ La doctrine semble plutôt retenir que les art. 139 à 141 CPP ne sont pas directement applicables aux particuliers (CR CPP-BÉNÉDICT/TRECCANI (NOTE 114) n°7 ad Intro. art. 139-141 CPP; MOREILLON/PAREIN-REYMOND (note 20), n°8 ad Rem. Pré. concernant les moyens de preuves; JEANNERET/KUHN (note 20), n°9011, p. 187; LUDOVIC TIRELLI, Le vol de données bancaires, in : EXPERT FOCUS, 12/2015 p. 1009, p. 1011; SCHMID (note 20), n°801, p. 324); la Cour suprême du canton de Berne a récemment souligné que le Tribunal fédéral a appliqué directement l'art. 141 CPP aux preuves recueillies par un particulier dans l'ATF 143 IV 387, mais, selon la Cour, le résultat est le même : il faut procéder à une pondération des intérêts, ce qui ne nous paraît pas aussi évident (cf. *infra* [Rz 101 s.]) (Cour suprême du canton de Berne, Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen vom 23. November 2017, BK 17 322, consid. 5.1).

[Rz 96] En effet, dans un arrêt, plus récent, 1B_474/2017 du 8 novembre 2017, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral mentionne une autre jurisprudence bien établie¹²¹, selon laquelle « des preuves recueillies illicitement par des personnes privées [peuvent] malgré tout être prises en considération pour autant qu’elles auraient pu être obtenues légalement par les autorités pénales et qu’une pesée des intérêts justifie leur exploitation »¹²². Cet arrêt mentionne également l’ATF 143 IV 387, mais uniquement pour rappeler qu’il appartient au juge du fond de se prononcer sur l’exploitabilité d’une preuve¹²³.

[Rz 97] Toutefois, dans un arrêt 1B_266/2017 du 5 octobre 2017, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral mentionne expressément sa nouvelle jurisprudence, accepte le recours du prévenu qui avait été observé par une assurance-invalidité et renvoie la cause à l’instance cantonale en insistant sur l’application de sa nouvelle jurisprudence¹²⁴, sans toutefois se prononcer sur le fond¹²⁵.

[Rz 98] Ainsi, malgré un arrêt récent qui mentionne l’autre jurisprudence, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral va probablement continuer à appliquer sa nouvelle jurisprudence selon laquelle les preuves recueillies par des particuliers sont examinées au regard de l’art. 141 CPP.

[Rz 99] Pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral, nous doutons que cette dernière souhaite reprendre telle quelle cette nouvelle jurisprudence.

[Rz 100] En effet, la Cour de droit pénal a rappelé très récemment que les preuves obtenues illicitement par des particuliers ne sont exploitables que si, cumulativement, elles pouvaient être recueillies par les autorités pénales et qu’une pesée des intérêts justifie leur exploitation¹²⁶. Dans cet arrêt, la Cour de droit pénal admet d’ailleurs, sans un long développement, l’exploitabilité de vidéos prises par une assurance privée à l’encontre d’un assuré¹²⁷.

[Rz 101] A première vue, ces deux jurisprudences pourraient sembler être proches l’une de l’autre puisque, dans les deux cas, le juge devrait procéder à une pesée des intérêts. Toutefois, la condition selon laquelle la preuve aurait pu être recueillie par les autorités pénales ne s’applique plus si le juge applique directement l’art. 141 CPP. Or, cette condition mérite d’être retenue.

[Rz 102] De même, l’application de l’art. 141 al. 1 CPP aux écoutes téléphoniques privées, à l’installation de mesures de surveillance par des privés ainsi qu’aux investigations secrètes par des détectives privés nous semble une nouveauté, laquelle a pour conséquence que ces moyens

¹²¹ Cette autre jurisprudence a été confirmée dans un autre arrêt récent du Tribunal fédéral 1B_231/2017 du 17 août 2017, soit également postérieur à l’ATF 143 IV 387 ; cf. également *supra* [Rz 92] ; la doctrine soutient également cette solution (cf. *supra* [Rz 93]).

¹²² Arrêt du Tribunal fédéral 1B_474/2017 du 8 novembre 2017, consid. 2.2.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_266/2017 du 5 octobre 2017, consid. 3, résumé in : Julien Francey, Le recours contre le refus du MP de retirer une pièce du dossier pénal, in : www.lawinside.ch/561/.

¹²⁵ Cet arrêt concerne toutefois exclusivement la question de la recevabilité du recours au niveau cantonal contre le refus du Ministère public de retirer une pièce du dossier (dans le cas d’espèce, il s’agissait d’une observation menée par l’assurance invalidité). Le Tribunal fédéral considère que la recevabilité du recours contre la décision du Ministère public n’est pas soumise à la condition de l’existence d’un préjudice irréparable (arrêt du Tribunal fédéral 1B_266/2017 du 5 octobre 2017, consid. 2.8).

¹²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1241/2016 du 17 juillet 2017, consid. 1.2.2.

¹²⁷ *Ibidem* ; il est intéressant de noter que, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la licéité de l’observation menée par une assurance privée puisqu’elle est de toute façon exploitable.

de preuve sont absolument inexploitable¹²⁸. Il existe ainsi une différence qui nous paraît importante en pratique.

[Rz 103] Dès lors, il pourrait être utile que le Tribunal fédéral procède à une procédure de coordination de la jurisprudence au sens de l'art. 23 al. 2 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) afin de régler définitivement tant la question de la licéité que celle de l'exploitabilité d'une preuve recueillie par un particulier dans une procédure pénale.

V. Une brève conclusion

[Rz 104] La question de la licéité et de l'exploitabilité d'observations menées par des assurances sociales et privées soulève de nombreuses questions en procédure tant administrative, que civile et pénale.

[Rz 105] En matière d'assurances sociales, l'ATF 143 I 377 a permis de clarifier que les observations menées par les assurances sociales étaient illicites et de préciser à quelles conditions elles étaient toutefois exploitables. Le législateur s'étant désormais emparé de la problématique, il s'agira d'examiner si le futur art. 43a LPGa modifiera la pratique et permettra aux assurances sociales de procéder à des observations plus étendues, notamment grâce à l'art. 43a al. 2 let. b P-LPGA.

[Rz 106] En procédure civile, la pratique sera probablement influencée par le futur art. 43a LPGa dont le juge civil pourra s'inspirer pour examiner la licéité de l'atteinte au sens de l'art. 28 al. 2 CC. Les jurisprudences en procédure civile et administrative vont ainsi probablement se rapprocher et les mêmes critères seront appliqués pour juger de la licéité, respectivement de l'exploitabilité, des observations.

[Rz 107] Enfin, en procédure pénale, l'ATF 143 IV 387 a, à notre avis, modifié l'analyse de la licéité et de l'exploitabilité des preuves recueillies par un particulier. Le Tribunal fédéral semble ainsi vouloir limiter l'administration des preuves par les particuliers et considère donc que tous les actes des particuliers qui correspondent à des mesures de contrainte au sens des art. 196 ss CPP sont illicites. De plus, l'art. 141 CPP serait directement applicable pour juger de l'exploitabilité des preuves illicites recueillies par des particuliers. La première Cour de droit public du Tribunal fédéral a ainsi modifié la jurisprudence bien établie en matière de preuves recueillies par un particulier. Nous espérons que la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral saisira rapidement l'occasion de préciser si cette nouvelle jurisprudence doit être confirmée ou si, comme nous le soutenons, le CPP ne permet pas de juger de la licéité d'une preuve recueillie par un particulier.

CÉLIAN HIRSCH est avocat-stagiaire au sein de l'Etude CMS von Erlach Poncet SA à Genève et cofondateur du site LawInside.ch.

L'auteur remercie David Hofmann, Avocat et Docteur en droit, et Katia Villard, Titulaire du

¹²⁸ Contrairement aux preuves relativement exploitables mentionnées à l'art. 141 al. 2 CPP, les preuves absolument inexploitable ne peuvent en aucun cas être exploitées, le juge ne procéderait donc plus, selon cette nouvelle jurisprudence, à une pesée des intérêts lorsque ce type de preuve est recueilli par un particulier ; il s'agira donc de définir les notions d'« écoutes téléphoniques privées », d'« installation de mesures de surveillance par des privés » ainsi que d'« investigations secrètes par des détectives privés » (ATF 143 IV 387, consid. 4.5).

brevet d'avocat et Docteur en droit, pour leur relecture assidue ainsi que leurs commentaires critiques sur la présente contribution.