
Procédure pénale

Police : enquêtes sous couverture

Sous le titre « L'investigation secrète en pleine mutation », Fati Mansour, dans Le Temps (20.09.12) aborde la question des infiltrations par la police dans les milieux criminels et rend compte des débats que ces méthodes occasionnent. Ce domaine est en évolution, d'une part en raison d'une modification du code de procédure pénale fédérale et d'un arrêt du tribunal fédéral, et par l'élaboration de législations cantonales d'autre part.

Synthèse de l'article et commentaire : A-C. M-S.

En 2003, les chambres fédérales avaient adopté une modification de la loi sur la surveillance des télécommunications, pour donner une base légale aux investigations secrètes, à savoir l'infiltration de la police dans les milieux de la délinquance, sous une fausse identité, de manière à pouvoir intervenir préventivement en cas de préparation d'un délit, ou de pouvoir l'élucider. Ces méthodes étaient déjà utilisées sans base légale, principalement pour infiltrer les réseaux de narcotrafiquants, ou pour jouer les amateurs de pédophilie sur internet. Aprement discutée, cette loi mettait des limites strictes à ces méthodes d'infiltration, qu'elle réservait notamment à l'élucidation de crimes graves. Elle permettait des infiltrations préventives, en l'absence de soupçons concrets, mais celles-ci devaient être autorisées par un juge. Faisant le point sur l'évolution en cours, Fati Mansour, dans Le Temps (20.09.12) note qu'une révision du code de procédure pénale fédérale, au profit duquel les dispositions de la loi antérieure avaient été abrogées, est en cours au parlement, « *visant à autoriser des recherches sous couvertures moins contrôlées* ». En même temps, le Conseil national invitait les cantons à se doter d'une base légale « *pour une prévention active destinée à permettre aux policiers de partir à la pêche sur des terrains connus afin de confondre, notamment, trafiquants de rue et prédateurs sexuels en puissance* ».

Plusieurs formes d'infiltration et de surveillance sont donc en discussion actuellement aux niveaux de la Confédération et des cantons.

- **L'investigation secrète**, figurant dans le code de procédure pénale fédérale (CPP), permet aux agents infiltrés d'intervenir sous couvert d'une fausse identité pour tenter de gagner la confiance de milieux criminels. Les infractions élucidées de cette manière doivent être particulièrement graves. Il ne peut y avoir d'investigation secrète qu'en présence de soupçons. La mission de l'agent infiltré est ordonnée par le Ministère public et autorisée par le Tribunal des mesures de contrainte.
- **Les recherches secrètes**, prévues elles aussi dans le CPP fédéral sont réservées aux infractions moins graves. Elles permettent à un agent de s'infiltrer dans un milieu sans révéler son identité, mais sans faire état d'une fausse identité (sans faux papiers d'identité). Il peut néanmoins opérer des transactions fictives. La police peut elle-même décider de cette infiltration si elle a des soupçons, mais l'autorisation du ministère public est requise si l'infiltration dure plus d'un mois. Point important : l'identité de l'agent figure au dossier pour le procès.
- **Les enquêtes sous couverture** peuvent être menées hors procédure pénale, quand il n'y a pas encore de soupçons concrets, mais que « *des indices suffisants laissent penser que des*

infractions pourraient être commises ». Elles doivent être prévues dans des lois cantonales de police. La Conférence des chefs cantonaux de justice et police propose de traiter ces enquêtes comme les recherches secrètes du CPP, soit sans identité d'emprunt, mais sans nécessité d'avoir l'autorisation d'un juge. Les cantons de Vaud et de Neuchâtel prévoient le recours à une identité d'emprunt, avec l'autorisation d'un juge.

L'évolution en cours

On est donc en train de sortir d'une période où l'investigation secrète était très limitée, notamment par le fait que le Tribunal fédéral a établi dans un arrêt *« que toute prise de contact active avec un suspect par un policier qui n'est pas reconnaissable comme tel doit être qualifiée d'investigation secrète (indépendamment des moyens mis en oeuvre pour tromper la personne ou de l'intensité de l'intervention) et doit donc être soumise à l'autorisation d'un juge. »* Les polices n'ont plus guère utilisé ce moyen, notamment des achats de drogue fictifs dans la rue, sauf si un dealer fait une proposition spontanée à un agent en civil. Quinze cantons ont déjà légiféré pour réintroduire l'enquête sous couverture. Sur le plan national, comme mentionné plus haut, une révision du CPP est en cours pour assouplir les conditions des investigations secrètes. Dans Le Temps, Fati Mansour fait état des critiques que ce projet avait soulevées dans la procédure de consultation. Elle cite par exemple, le professeur de droit pénal de l'Université de Genève, Bernhard Sträuli qui prônait le rejet catégorique de l'avant-projet de révision du CPP : *« Au nom de la simplification, on baisse d'un cran les exigences procédurales et on réduit pratiquement à néant la portée de l'investigation secrète en créant une sorte de catégorie de seconde zone débarrassée à mauvais escient de la présence de garde-fous. »* L'article fait également écho aux réticences d'un avocat vaudois, Sylvain Miéville, selon qui *« la Convention européenne des droits de l'homme garantit pour la personne visée de pouvoir être informée et de pouvoir faire contrôler la légalité des recherches par une autorité indépendante. La nouvelle disposition n'inclut pas ces droits. »* Ce qui permet à la journaliste du Temps de conclure : *« Au nom de la sécurité et au regard des thèmes porteurs que sont la lutte contre la cyberpédophilie et le trafic de stupéfiants, les conseillers nationaux ne se sont pas trop embarrassés de ces considérations, faisant craindre une évolution jugée problématique au plan des droits fondamentaux. »*

Quelques éléments d'information et quelques prises de position dans le cadre des débats en commission du Conseil national sur la loi sur l'investigation secrète.

C'est l'ancien procureur de la Confédération, Valentin Roschacher, qui est venu en commission présenter le projet de loi. Il a expliqué qu'en Suisse, il n'y a pratiquement pas d'agents infiltrés, parce qu'ils ne sont pas formés et qu'on doit faire appel à des agents étrangers. Ceci pour une dizaine d'interventions par année. Il s'agit principalement de faux acheteurs, pour le trafic de stupéfiants, ou la fausse monnaie ou le trafic d'êtres humains. Pour lui, le problème principal, c'est la couverture. *« A l'étranger, on a la possibilité de construire une véritable couverture complète, avec firme fictive, pour que la crédibilité soit la meilleure possible »*. Le représentant du ministère public insiste sur ce point : *« il faut créer des couvertures solides, par exemple une firme de transports qui peut assurer un transport de drogues ou d'argent à blanchir. Cela ne sert à rien de constituer une firme pour une occasion, d'un jour à l'autre, car sa crédibilité ne résiste pas au premier examen. A l'étranger, il y a des policiers qui ne font que travailler dans leur firme, même en dehors de toute enquête. »*

Dans le projet, ces faux papiers, fausses signatures etc. doivent être autorisées par un juge, mais Valentin Roschacher estime que ce n'est pas raisonnable et que cela devrait rester totalement secret. D'ailleurs, ajoute-t-il, *« le juge n'a pas une expérience suffisante pour juger ce qui est nécessaire. Si le juge connaît le nom du policier ou de l'indicateur, il suffit d'une petite négligence dans le traitement d'un papier ou d'un mot de trop lâché pour mettre en danger l'agent infiltré »*. Il est favorable à des investigations secrètes même en l'absence d'une enquête pénale. A la question de savoir si l'agent infiltré a le droit de commettre des délits pour être plus crédibles (par exemple des excès de vitesse en voiture), il répond : *« ce serait évidemment nécessaire, mais il ne faudrait pas qu'il se livre à des*

délits graves ou qu'il accepte de commettre des crimes comme preuve de sa loyauté vis-à-vis du groupe. Mais il doit pouvoir se comporter de manière conforme à son rôle, sans devoir rendre ensuite des comptes devant la justice. Il doit aussi pouvoir passer un petit marché afin de pouvoir ensuite intervenir sur un plus gros. »

Jörg.P.Müller, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Berne a été entendu par la commission, au titre de spécialiste des droits fondamentaux. Son intervention a porté principalement sur les droits de l'inculpé d'être informé de qui l'accuse et sur quelle base. Or il est prévu que les agents infiltrés rédigent un rapport qui n'est pas remis au juge et qui ne figure pas dans le dossier. *« Cela n'est pas conforme à la procédure loyale, qui veut que la défense doit avoir connaissance du contenu d'un rapport secret et doit pouvoir prendre position à ce sujet. »*, a fait remarquer l'expert. A son avis l'inculpé devrait être informé qu'il a fait l'objet d'une enquête sous couverture, et la loi devrait exiger, au nom de la protection des données, que ces dernières soient détruites après la fin de la procédure. Il évoque également le problème des découvertes fortuites, celles d'un délit dont l'agent infiltré prend connaissance par hasard, alors qu'il enquêtait sur une autre affaire. Le message du Conseil fédéral dit qu'il renonce à préciser les conditions d'utilisation des découvertes fortuites, mais, selon l'expert, c'est tout à fait insuffisant. Un autre problème se pose quand un délit a été commis sous l'influence d'un agent. Le message mentionne : *« si l'agent dépasse les limites de l'intervention autorisée, le projet n'en règle pas les conséquences »*. Là encore, Jörg P. Müller s'insurge : normalement, on devrait interdire d'utiliser les informations obtenues en dehors des règles.

Dans son appréciation globale, le professeur de droit ne plaide pas pour l'interdiction des investigations secrètes, dans la mesure où elles ne violent pas les droits fondamentaux. Il reconnaît qu'elles peuvent être indispensables dans certains cas, *« mais c'est un instrument d'investigation qui n'est pas souhaitable du point de vue du droit public. Les investigations secrètes sont un système de camouflage qui amène avec lui les mensonges, les tromperies, des éléments qui sont contraires aux principes démocratiques. Cette méthode peut rester un « ultima ratio », mais elle ne doit pas devenir un instrument de lutte contre la criminalité. Sinon on crée un climat de méfiance et de peur des dénonciations qui n'est pas compatible avec la démocratie »*.

Refus d'entrer en matière sur les investigations secrètes au Conseil national en 2003

Quelques extraits de mes interventions, au nom du groupe des Verts, dans le débat au Conseil national.

« La commission des affaires juridiques du Conseil national a déployé des efforts d'ingéniosité pour faire d'une méthode douteuse une procédure compatible avec le respect de la personne. A notre avis, ces efforts sont restés vains. La méthode n'est pas amendable et c'est pourquoi nous vous demandons de ne pas entrer en matière.

Infiltrer des agents munis d'une fausse identité dans des réseaux criminels comporte des risques considérables, pour eux-mêmes d'abord, puisqu'ils risquent leur vie s'ils sont démasqués. Surtout, le danger existe que ces hommes, agissant durablement (pendant des années parfois) sous une identité d'emprunt finissent par s'identifier à leur rôle. (...) Il faut dire que les autorités de police et le ministère public de la Confédération caressent des projets qui font froid dans le dos, puisqu'ils suggèrent qu'on leur laisse carte blanche pour constituer à demeure des entreprises fictives (de transport notamment), avec des raisons sociales trompeuses, et des agents à qui on autoriserait même des comportements douteux pour être plus crédibles. Même avec un modèle très rigoureux, les risques d'incitation au crime restent importants.

Avec une telle loi, on érige le mensonge en système et on institutionnalise la tromperie. (...) Il nous semble qu'on ne fait que renforcer l'escalade vers de plus en plus de méfiance, des dissimulations, d'arnaques, de représailles et de violence. Au lieu d'être dissuasives, ces méthodes encouragent au

contraire à davantage de détermination dans l'organisation du crime.

Or toutes ces mises en scène extrêmement coûteuses servent essentiellement à la lutte contre le trafic de drogue. Mais la guerre contre la drogue ne peut pas être gagnée de cette manière. (...)

Par ailleurs, l'infiltration d'agents pose d'énormes problèmes quant à la garantie des droits fondamentaux. (...) Il est en effet particulièrement délicat d'infiltrer des réseaux constitués de personnes contre lesquelles il n'y a pas de présomptions suffisantes pour ouvrir une enquête pénale. D'autant plus que si une procédure est ouverte à la suite de cette investigation, l'agent infiltré bénéficie d'une protection qui fait que l'accusé ne peut pas savoir qui l'accuse ni avec quelles preuves. Il ne sera pas confronté à son accusateur, dont l'identité reste cachée, dont le témoignage est recueilli à huis-clos, avec voix déformée, et dont le rapport est soustrait au dossier. »

L'entrée en matière fut néanmoins acceptée par 89 voix contre 18 ! Mais le débat reprit lors de l'examen des articles, notamment à propos du risque que l'agent infiltré incite la personne soupçonnée à commettre son délit.

« Pour que ces méthodes restent admissibles, au moins faut-il pouvoir être certain que l'agent infiltré n'a pas lui-même provoqué le crime par ses agissements. Car si on pouvait le soupçonner d'avoir lui-même incité les auteurs à commettre un délit, on atteindrait là le stade ultime de la tromperie. (...) La première version de la loi contenait un interdit formel : il est interdit de se montrer incitateur, et l'agent ne doit exercer aucune influence sur l'auteur potentiel d'un délit. Or le Conseil des Etats, lui, estime que c'est impossible. Ne pas influencer, dit-il, c'est rester passif, et rester passif, c'est risquer de se faire repérer. Sans cesse, l'agent infiltré doit donc donner des gages de sa (fausse) bonne foi. Il faut qu'il entretienne la légende, construite avec des fausses identités, de fausses raisons sociales et avec du vrai argent ; il faut qu'il entre dans la logique du délit en montrant qu'il est lui-même prêt à le commettre. Bref, il faut qu'il joue un rôle moteur. Mais non pas décisif, précise le Conseil des Etats ! Appréciez la différence !

Dans un esprit de conciliation, la majorité de la commission du Conseil national a revu sa copie. Sa nouvelle version dit que l'agent ne peut avoir qu'une incidence mineure sur la commission de l'acte. En d'autres termes, il peut influencer l'auteur, mais pas trop ! C'est encore trop aux yeux de la minorité, qui veut s'en tenir au principe que l'agent ne doit exercer aucune influence, ni décisive, ni majeure, ni mineure, aucune. C'est la seule attitude acceptable. C'est la seule morale aussi.

La question qui suit juste après celle-ci est de savoir ce qu'on fait d'un acte commis sous l'influence d'un agent. Peut-on récemment sanctionner un délit qui, sans l'agent, n'aurait tout simplement pas été commis ? La réponse est clairement non ! Récemment, un tribunal de Karlsruhe, examinant l'opportunité d'interdire un groupe d'extrême droite, s'est aperçu que ceux qui s'étaient fait remarquer comme ses principaux agitateurs étaient des agents infiltrés !

Alors de deux choses l'une : ou bien il est possible à un agent infiltré de faire arrêter un criminel dangereux sans exercer sur lui la moindre influence, et c'est la condition sine qua non pour que cette méthode puisse être appliquée ; ou bien c'est impossible, et cette loi doit être rejetée. »

Anne-Catherine Menétrey-Savary
Novembre 2012