

Published in *Criminalité économique et cybercriminalité: mélanges en l'honneur de la professeure Isabelle Augsburger-Bucheli*,¹⁹³ Helbing Lichtenhahn, 2021, pp. 193-201, which should be cited to refer to this work.

Nemo tenetur se ipsum accusare : quelle effectivité à l'heure des nouvelles technologies de l'information et de la communication ? L'exemple de la reconnaissance faciale.

LUDOVIC TIRELLI*/EMMELINE BONNARD*

* Dr. en Droit, MAS LCE, Avocat spécialiste FSA droit pénal, Chargé de cours à l'ILCE (HES-SO // Haute école de Suisse Occidentale, Switzerland).

** Avocate spécialiste FSA droit pénal, CAS en magistrature pénale.

Bibliographie spéciale

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, Berne 2013 ; JEANNERET YVAN, in Giger Hans/Seidi Edit/Wichprächtiger Hans/Fiolka Gerhard (éd.), Strassenverkehr, Circulation routière 3/2019, p. 51 ; MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, Petit commentaire du code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016 ; OTT DOMINIQUE, Der Grundsatz « nemo tenetur se ipsum accusare » unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, in ZStStr – Zürcher Studien zum Strafrecht Band/Nr. 66, Zurich 2012 ; ROHMER SANDRINE, in Kuhn André /Jeanneret Yvan (éd.), Commentaire Romand du Code de procédure pénale, 1^{re} éd., Bâle 2011 ; WEBER JONAS, in Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) und Jugendstrafprozessordnung (JStPO), Bâle 2011.

Dans le local d'audition d'une police judiciaire quelque part en Suisse. Un suspect est interrogé.

Dans ses poches, un téléphone portable. De l'or pour les autorités de poursuite pénale. Toute la vie du suspect s'y trouve : ses faits, ses méfaits, des informations ou des preuves selon le point de vue que l'on adopte.

Mais cette caverne d'Ali Baba est protégée par un précieux sésame : un mot de passe.

Enjoint par les enquêteurs de le leur communiquer, le suspect se tait. *Nemo tenetur se ipsum accusare*, nul ne peut être tenu de collaborer à sa propre accusation, nul ne peut être tenu de s'auto-incriminer. Principe élémentaire de la procédure pénale. Et l'affaire pourrait en rester là, point final.

C'est sans compter sur le fait que le suspect a activé la reconnaissance faciale de son téléphone, point-virgule donc ; l'inspecteur brandit l'écran du téléphone face au visage du prévenu : sésame ouvre-toi. Le voilà dans la caverne.

Le recours à cette évolution technologique constitue-t-il une atteinte au principe *nemo tenetur se ipsum accusare* ou non ? C'est à cette question que nous tenterons de répondre dans la présente contribution.

I. Le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*

Le principe *Nemo tenetur se ipsum accusare* (ci-après *nemo tenetur*), signe du degré de « civilisation » d'une société donnée pour certains¹, semble exister depuis que les hommes se sont mis à décrire leurs dieux, croyances et valeurs fondatrices, dans les religions du Livre notamment². Il a ensuite pris son essor dans le droit anglo-saxon, avant d'être reçu en droit continental et de se déve-

1 *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52 (1964), 55 : « The privilege against self-incrimination registers an important advance in the development of our liberty – one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized ».

2 OTT, 7 ss.

lopper pleinement en Suisse, en même temps que la torture y était progressivement abolie³.

Car le droit de ne pas s'auto-incriminer ou de se taire c'est précisément la prise en considération d'une volonté du prévenu que l'on veut libre de toute contrainte, pression ou erreur dans le cadre d'une procédure pénale le visant. C'est donc simultanément la négation du droit de recourir à la torture, qui eût longtemps cours pour obtenir des aveux – reine des preuves – souvent nécessaires à la condamnation de l'accusé.

En 1964, dans l'arrêt de principe *Murphy v. Waterfront Commission*, La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique décrit l'essence de ce droit : « *The privilege against self-incrimination registers an important advance in the development of our liberty – one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized. It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses; our sense of fair play which dictates a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual to a private enclave where he may lead a private life; our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege, while sometimes a shelter to the guilty, is often a protection to the innocent* »⁴.

Le principe est à tel point fondamental que, de l'autre côté de l'Atlantique aussi, la Cour européenne des droits de l'homme en a souvent rappelé l'importance. Ainsi, dans une affaire *Saunders c. Royaume-Uni* la Cour rappelle en 1996 que : « même si l'article 6 de la Convention (art. 6) ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article (art. 6). Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6 (art. 6) (arrêts John Murray précité, p. 49, par. 45, et Funke précité, p. 22, par. 44). **En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation**

3 OTT, 43 ss.

4 *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52 (1964), 55.

sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 par. 2 de la Convention (art. 6-2) »⁵.

Le respect de la volonté de l'accusé se trouve donc au centre du droit de ne pas s'auto-incriminer⁶. Ce constat n'est pas anodin pour le propos de la présente contribution. Nous y reviendrons.

II. Les bases légales de *Nemo tenetur*

En fait de bases légales, le principe *Nemo tenetur* trouve ses sources dans plusieurs instruments internationaux, de même que dans la Constitution fédérale et le code de procédure pénale suisse.

D'abord, au niveau supranational, l'art. 14 ch. 2 lit. g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre expressément ce droit de toute personne : « à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable »⁷.

Au niveau supranational toujours, l'art. 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) garantit indirectement le droit de se taire en tant que composante du droit à un procès équitable et, en particulier, de la présomption d'innocence⁸.

En droit Suisse, le principe découle en premier lieu de celui de la présomption d'innocence institué à l'art 32 al. 1 Cst.

Ensuite, le Code de procédure pénale suisse (CPP) le consacre dans plusieurs de ses dispositions, que ce soit de manière implicite et en lien avec le principe de présomption d'innocence (art. 10 al. 1 CPP) ou expresse, comme à l'art. 113 CPP : « Le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même. Il a notamment le droit de refuser de déposer et de refuser de collaborer à la procédure. Il est toutefois tenu de se soumettre aux mesures de contrainte prévues par la loi »⁹.

Enfin, sachant que la protection de la libre volonté du suspect est centrale en relation avec le droit de garder le silence, une dernière disposition doit être considérée, soit l'art. 140 CPP qui concerne les méthodes d'administration des preuves interdites : « Les moyens de contrainte, le recours à la force, les

5 *Saunders c. Royaume-Uni*, Requête n°19187/91, § 68.

6 JEANNERET/KUHN, 72.

7 Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 (Pacte ONU II), RO 1993 750.

8 *Saunders c. Royaume-Uni*, Requête n°19187/91, Recueil 1996 VI, § 68.

9 Voir aussi l'art. 262 al. 2 CPP : « Les personnes qui refusent de fournir un tel échantillon peuvent être punies d'une amende d'ordre, à l'exception du prévenu et des personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner, dans les limites de ce droit ».

menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre sont interdits dans l'administration des preuves ».

Ces fondements étant posés, il y a lieu de revenir sur la situation de notre suspect, dont le téléphone portable vient d'être déverrouillé par l'enquêteur grâce à la reconnaissance faciale.

III. *Nemo tenetur* et la reconnaissance faciale

Le déverrouillage d'un téléphone portable au moyen de la reconnaissance faciale lorsque le suspect refuse de communiquer le mot de passe y-relatif viole-t-il donc le principe *Nemo tenetur* ?

S'il paraît évident que la communication du code de déverrouillage relève de la volonté du prévenu et qu'en application de *Nemo tenetur* celui-ci est donc libre de refuser de communiquer son mot de passe, la question d'un déverrouillage de l'appareil au moyen de la reconnaissance faciale est autrement plus complexe.

Car le visage du suspect, dont la reconnaissance est liée au mot de passe et permet de déverrouiller l'appareil ne dépend pas à proprement parler de la volonté du prévenu, mais relève davantage de ses caractéristiques physiques.

Dans ce sens, le comportement présenté ci-dessus s'apparente à une utilisation des caractéristiques physiques du prévenu à des fins d'investigation, comme le serait un prélèvement de sang, d'ADN ou le relevé d'empreintes digitales, que le droit de procédure pénale suisse qualifie de mesures de contrainte.

A ce sujet, la CourEDH a procédé à une distinction importante dans sa décision *Saunders c. Royaume-Uni*, retenant que : « (...) le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, **il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN** »¹⁰.

Ainsi, déverrouiller un téléphone portable au moyen de la reconnaissance faciale dans le but d'en connaître le contenu – ce qui formellement correspond à une perquisition – lorsque le prévenu refuse de communiquer son code de déverrouillage, ne violerait pas à première vue le droit de ne pas s'auto-incriminer.

10 *Saunders c. Royaume-Uni*, Requête n°19187/91, § 69.

En revanche, un tel procédé serait indéniablement qualifié de « mesure de contrainte ». En effet, en droit suisse, les mesures de contrainte sont des actes de procédure des autorités pénales qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes intéressées (art. 196 CPP). Il est ainsi admis qu'une perquisition d'enregistrements contre la volonté exprimée des personnes intéressées porte atteinte à la sphère privée protégée en tant que droit fondamental. Toutefois, le recours à une mesure de contrainte ne fait pas nécessairement suite à une quelconque résistance ou opposition de l'intéressé contre la mesure en question¹¹. Peu importe que le droit fondamental soit atteint sans contrainte et avec le consentement de l'intéressé, il n'en demeure pas moins que cette atteinte doit être soumise aux règles relatives aux mesures de contrainte¹². Selon le TF, décider autrement reviendrait à vider de leur substance les droits fondamentaux puisque l'autorité pénale pourrait, dans ce cas de figure, perquisitionner des documents sans condition, en particulier sans qu'il n'existe des soupçons suffisants d'une infraction, dans l'hypothèse où le détenteur du secret aurait été victime d'une soustraction délictueuse¹³. Il y a dès lors atteinte à un droit fondamental lors du contrôle d'un téléphone portable car l'examen des données porte atteinte à la sphère privée de l'intéressé qui s'y oppose et dont les droits sont protégés par l'art. 13 Cst.¹⁴.

Qualifier le déverrouillage du téléphone au moyen de la reconnaissance faciale de mesure de contrainte, implique que le prévenu ne pourra pas s'y opposer, ni invoquer son droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, l'art. 113 al. 1 CPP, qui cristallise pourtant le droit du prévenu de ne pas collaborer à son accusation prévoit-il *in fine* que le prévenu : « [...] est toutefois tenu de se soumettre aux mesures de contrainte prévues par la loi ».

On soulignera toutefois que, selon l'art. 36 Cst., les restrictions aux droits fondamentaux – et partant les mesures de contrainte – sont seulement admissibles lorsqu'elles reposent sur une base légale, poursuivent un intérêt public, sont proportionnées et respectent l'essence des droits fondamentaux. Ces exigences constitutionnelles relatives à la restriction des droits à la liberté sont concrétisées à l'art. 197 CPP par les mesures de contrainte du droit de procédure pénale¹⁵.

Il y a dès lors lieu de déterminer si, dans le cas de figure qui nous occupe, les conditions pour ordonner une mesure de contrainte seraient réalisées.

Force est de répondre par la négative, pour une raison basique : l'absence de base légale.

11 FF 2006 1196.

12 JEANNERET/KUHN, 257.

13 ATF 140 IV 28 c. 3, JdT 2014 IV 206.

14 ATF 140 IV 28 c. 3, JdT 2014 IV 206 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n. 4 *ad* art. 196 CPP.

15 WEBER, n. 1 *ad* art. 197 CPP.

En effet, l'art. 197 al. 1 let. a CPP pose le principe suivant lequel les mesures de contrainte ne peuvent être prises qu'à la condition d'être prévues par la loi. C'est ainsi que le titre V du code de procédure pénale traite des mesures de contrainte et pose les bases légales pour ces différentes mesures, étant précisé que le catalogue des mesures de contrainte prévues par le code de procédure pénale est exhaustif¹⁶. Les seules mesures de contrainte prévues par le droit suisse sont dès lors le mandat de comparution, le mandat d'amener et les recherches (art. 201-211 CPP), la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté (art. 212-240 CPP), les perquisitions, perquisitions de documents et d'enregistrements, les fouilles de personnes et objets ainsi que les examens de personnes ou cadavres (art. 241-254 CPP), les prélèvements et analyses de l'ADN (art. 255-259 CPP), la saisie de données signalétiques, d'échantillons d'écriture ou de voix (art. 260-262 CPP), le séquestre (art. 263-268 CPP) et les mesures d'investigation secrètes (art. 269-298 CPP).

Dans la situation qui nous occupe, parmi toutes ces mesures de contrainte, il y a bien entendu lieu de considérer les « perquisitions », puisque le but du recours à la reconnaissance faciale pour accéder à un support de données est *in fine* de perquisitionner ce support. Mais le problème ne réside pas tant dans la perquisition en elle-même que dans le moyen d'accéder aux données devant être perquisitionnées. En l'espèce, le moyen d'accéder à ces données est le recours à la technologie de reconnaissance faciale afin de déverrouiller le téléphone sans l'accord de son détenteur. Il est dès lors nécessaire de déterminer si l'une ou l'autre des mesures de contrainte évoquées ci-dessus est susceptible de permettre une telle exploitation de la reconnaissance faciale.

On pensera en particulier à la saisie de données signalétiques de l'art. 260 CPP, suivant lequel : « par saisie des données signalétiques d'une personne, on entend la constatation de ses particularités physiques et le prélèvement d'empreintes de certaines parties de son corps ». Toutefois, l'examen de cette disposition révèle rapidement ses limites. D'une part, il est admis que les caractéristiques extérieures pouvant être mesurées ou constatées, comme la taille, le type, le poids, les empreintes digitales, les empreintes de la main, des oreilles, des pieds ainsi que d'autres parties du corps constituent des données signalétiques, quoique cette énumération ne soit pas exhaustive¹⁷. Les caractéristiques du visage, prises en considération lors d'un déverrouillage par reconnaissance faciale, pourraient dès lors en faire partie. D'autre part cependant, l'art. 260 CPP ne régit que la « saisie » de ces données à l'exclusion de leur utilisation, à savoir la seule constatation de telles particularités physiques ou le prélèvement de telles empreintes¹⁸. Dans le cas d'espèce toutefois, le placement du téléphone

16 MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n. 2 *ad* art. 197 CPP.

17 ROHMER, n. 5 *ad* art. 260 CPP.

18 MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n. 8 *ad* art. 140 CPP.

portable du suspect face à son visage n'est en aucun cas assimilable à une saisie ou à une constatation des caractéristiques physiques de son visage par les autorités de poursuite pénale. En effet, les données relatives au visage du suspect seront exclusivement traitées par l'application de reconnaissance faciale embarquée sur le téléphone portable, sans qu'un tel processus aboutisse à la « saisie » des caractéristiques extérieures du suspect par les autorités de poursuite pénale. En outre, eu égard au but de la mesure, un tel processus ne serait pas mis en œuvre afin de constater les caractéristiques physiques du suspect – ce qui est le seul but de la saisie de données signalétiques selon l'art. 260 CPP – mais pour accéder à des données se trouvant sur le téléphone du prévenu pour contourner le droit de se taire¹⁹.

En conséquence, s'agissant de la possibilité de déverrouiller un téléphone portable en se servant de la reconnaissance faciale d'un prévenu sans son accord, nous sommes d'avis que le code de procédure pénale suisse ne prévoit en l'état aucune base légale pour une telle mesure de contrainte. Nous arrivons à la même conclusion s'agissant de la possibilité de déverrouiller un téléphone portable en se servant du doigt d'un prévenu sans son accord dans l'hypothèse où le mot de passe serait cette fois relié à un lecteur d'empreintes digitales.

A cela s'ajoute qu'un tel procédé serait vraisemblablement contraire à l'art. 140 CPP en ce sens qu'il serait assimilable à une forme de ruse pour passer outre le droit de ne pas s'incriminer du prévenu. Or l'utilisation de la ruse dans la recherche de moyens de preuve est en principe interdite car contraire au principe de loyauté²⁰.

IV. Conclusion

Le principe *Nemo tenetur* a fait son apparition dans l'ordre juridique suisse comme un principe universel protégeant la volonté d'un individu face à la toute-puissance de l'Etat, auquel incombe la charge de la preuve dans une procédure pénale.

Le noyau dur du principe réside dans la volonté du prévenu qui ne saurait être contrainte pour exiger de lui qu'il contribue à sa propre incrimination.

Son effectivité était totale dans le passé, lorsque les aveux étaient considérés comme la reine des preuves et que la science et les technologies n'étaient pas suffisamment développées pour apporter d'autres éléments de preuve que les aveux.

Progressivement, l'évolution de la science transforme le corps humain en tant que tel en un moyen de preuve, car mesurable et déchiffrable avec une certitude scientifique accrue, quoique souvent imparfaite.

19 *Contra* JEANNERET, p. 56.

20 MOREILLON/PAREIN-REYMOND, n. 4 *ad* art. 260 CPP.

Parallèlement, les évolutions technologiques vont nous conduire à nous reposer de plus en plus sur nos appendices technologiques, plutôt que sur notre mémoire ou notre savoir par rapidité ou par confort. La reconnaissance faciale ou les lecteurs d'empreintes digitales, qui permettent de remplacer la mémorisation de divers mots de passe en est typiquement le signe.

L'impact en procédure pénale est important, puisque le prévenu pourra de moins en moins se protéger au travers de son droit à garder le silence, les informations qu'il refuserait de communiquer « volontairement » se trouvant sur une multitude d'autres supports.

En ce sens, nous pouvons affirmer que les évolutions technologiques ont progressivement pour effet non pas d'éroder le principe *Nemo tenetur*, mais de le rendre inopérant.

Pourtant nous restons dans un système pénal de type principalement accusatoire, de sorte que le principe reste nécessaire pour contrebalancer le pouvoir de l'Etat.

De notre point de vue, les seules évolutions technologiques ne sauraient priver le prévenu de l'un des droits de défense les plus importants et consacrer des pratiques qui pourraient relever de la tromperie ou de la ruse.

Dès lors, lorsque des autorités de poursuite pénale décident de recourir à de nouvelles technologies pour recueillir, à des fins d'enquête, des informations relevant de la sphère privée du suspect sans son accord, un cadre légal strict permettant au prévenu de faire valoir ses droits sera indispensable.

Puisqu'il s'agira la plupart du temps de mesures de contrainte, celles-ci devront répondre aux exigences de base légale, d'intérêt public et de proportionnalité.

En l'espèce, nous arrivons à la conclusion que le recours à la reconnaissance faciale et à la reconnaissance d'empreintes digitales pour déverrouiller un support de données sans l'accord du prévenu ne tombe sous le coup d'aucune des mesures de contrainte prévues par le droit suisse. Notre suspect pourrait donc dormir sur ses deux oreilles, jusqu'à la prochaine révision du code de procédure pénale ...