



COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 25 novembre 2019 à 14 heures

**AVIS DE M. Frédéric DESPORTES,
PREMIER AVOCAT GENERAL**

POURVOI N° J 18.86-767

M. A... X...

(ayant pour avocat, SCP Spinosi et Sureau)

M. A... Y...

(ayant pour avocat, SCP Spinosi et Sureau)

M. B... Z...

(ayant pour avocat SCP Ricard, Bendel-Vasseur et Ghanassia)

C/

M. C... D...

(ayant pour avocat SCP Lyon-Caen et Thiriez)

Arrêt attaqué: arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris du 8 novembre 2018

**AVIS DE M. Frédéric DESPORTES,
PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL**

PLAN

1.- Faits et procédure

- 1.1.- Procédure antérieure à l'arrêt attaqué
- 1.2.- Arrêt attaqué, pourvois et mémoires

2.- Mémoires et moyens produits ou proposés par ou pour M. Z...

- 2.1.- Irrecevabilité du mémoire personnel complémentaire
- 2.2.- Irrecevabilité des moyens relatifs au rejet des demandes d'annulation
- 2.3.- Appréciation du moyen tiré de l'atteinte à la présomption d'innocence

3.- Moyen proposé pour MM. X... et Y...

- 3.1.- Présentation du moyen, tiré de la violation du principe de loyauté des preuves
- 3.2.- Question de la provocation à la commission de l'infraction
 - 3.2.1.- Rappel des solutions jurisprudentielles
 - 3.2.1.1.- Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
 - 3.2.1.2.- Jurisprudence de la Chambre criminelle
 - 3.2.2.- Application au cas d'espèce
 - 3.2.2.1.- Enchaînement des faits
 - 3.2.2.2.- Motifs de l'arrêt attaqué
 - 3.2.2.3.- Critique des demandeurs et appréciation
- 3.3.- Question de la provocation déloyale à la preuve
 - 3.3.1.- Recevabilité du moyen en sa première branche
 - 3.3.2.- Bien-fondé du moyen en sa première branche

4.- Conclusion

1.- Faits et procédure

1.1.- Procédure antérieure à l'arrêt attaqué

Le 8 juin 2015, M. C... D..., footballeur professionnel, a porté plainte auprès de la brigade de répression de la délinquance contre la personne de la préfecture de police de Paris, exposant qu'il faisait l'objet d'une tentative d'extorsion sous la menace de la diffusion d'un enregistrement vidéo à caractère sexuel - communément dénommé *sex tape* - où il apparaissait.

A la suite de cette plainte une enquête a été conduite sous l'autorité du procureur de la République de Versailles, territorialement compétent, jusqu'à l'ouverture d'une information par ce magistrat, le 31 juillet 2015. Au cours de cette enquête et sur instructions du magistrat, un commissaire de police, officier de police judiciaire, a mené les négociations au nom de la victime sous le pseudonyme de "Lukas", en dissimulant sa qualité de policier.

A la suite de l'ouverture de l'information, ont été successivement mis en examen, le 14 octobre 2015, M. B... Z..., pour chantage et association de malfaiteurs, le 16 octobre suivant, MM. E... F... et G... H..., pour tentative de chantage et association de malfaiteurs et, enfin, le 5 novembre 2015, MM. A... X... et A... Y..., pour complicité de tentative de chantage et association de malfaiteurs. En substance, il était reproché, à MM. F... et H..., d'avoir conçu et organisé le projet délictueux après que le premier se fut procuré l'enregistrement vidéo, à MM. X... et Y..., d'avoir apporté leur aide pour sa mise en oeuvre et, à M. Z..., d'avoir mené les négociations en vue d'obtenir la remise de fonds en contrepartie de la non diffusion de l'enregistrement.

Le 15 avril 2016, pour le premier, et le 4 mai suivant pour les deux autres, MM. H..., X... et Y... ont saisi la chambre de l'instruction d'une requête en nullité de la procédure sur le fondement de l'article 173 du code de procédure pénale. A l'occasion de cette saisine, M. Z... a déposé un mémoire aux mêmes fins. Les quatre requérants ont soutenu, notamment, qu'il avait été porté atteinte au principe de loyauté des preuves dès lors que, selon eux, le policier qui avait mené les négociations en qualité de représentant de la victime sous le pseudonyme de Lukas, avait provoqué à la commission de l'infraction.

Par arrêt du 16 décembre 2016, la chambre de l'instruction de Versailles a écarté cette argumentation et rejeté les demandes d'annulation.

MM. X... et Y... ont formé un pourvoi dont l'examen immédiat a été prescrit par le président de la Chambre criminelle en application des articles 570 et 571 du code de procédure pénale. Par arrêt du 11 juillet 2017, celle-ci a fait droit au moyen, présenté par chacun des demandeurs, tiré de la violation du principe de loyauté des preuves et cassé l'arrêt attaqué en toutes ses dispositions¹.

1.2.- Arrêt attaqué, pourvois et mémoires

La chambre de l'instruction de Paris, désignée comme juridiction de renvoi, n'a cependant pas retenu la solution qui s'inférait de l'arrêt de cassation. Par arrêt du 8 novembre 2018, elle a écarté le moyen de nullité tiré de la violation du principe de loyauté des preuves et, en conséquence, rejeté les demandes d'annulation qui avaient été présentées devant elle, tant par MM. X... et Y... sur les pourvois desquels la cassation du précédent arrêt avait été acquise, que

¹ Crim. 11 juill. 2017, n° 17-80.313, Bull. n° 208 ; *AJP* 2017, p. 436, obs. J.-B. Perrier ; Dr. Pén. 2017, p. 436 ; Dr. pén. 2017, comm. 154, obs. A. Maron et M. Hass ; Procéd. 2017, comm. 244, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; Gaz. Pal. 2017, n° 31, p. 18, note Gérard Pitti

par M. Z....

MM. X..., Y... et Z... se sont pourvus en cassation. Le président de la Chambre criminelle a ordonné l'examen immédiat de leurs pourvois.

En l'état de la divergence d'appréciation persistante avec la chambre de l'instruction, la Chambre criminelle, par arrêt du 19 juin 2019, a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Un mémoire personnel et un mémoire personnel complémentaire ont été produits par M. Z.... En outre, un mémoire ampliatif comportant un moyen unique de cassation en quatre branches et des observations complémentaires ont été produits, pour le même demandeur, par la SCP Ricard Bendel-Vasseur Ghanassia. Un mémoire ampliatif comportant un moyen unique en deux branches a été produit pour MM. X... et Y... par la SCP Spinosi et Sureau. Un mémoire en défense a été déposé pour M. D... par la SCP Lyon-Caen et Thiriez.

2.- Mémoires et moyens produits ou proposés par ou pour M. Z...

2.1.- Irrecevabilité du mémoire personnel complémentaire

Ainsi que cela est soutenu en défense, le mémoire personnel complémentaire produit par M. Z... apparaît irrecevable. Les conditions dans lesquelles, en matière pénale, un mémoire en demande peut-être déposé devant la Cour de cassation sans le ministère d'un avocat en ladite Cour sont définies aux articles 584 à 585-1 du code de procédure pénale dont la Chambre criminelle assure le strict respect. Il résulte des dispositions combinées de ces articles que, dans le cas où il n'est pas condamné pénalement par l'arrêt attaqué, le demandeur doit déposer son mémoire personnel au greffe de la juridiction qui a rendu la décision dans les dix jours de la déclaration de pourvoi. Ayant formé pourvoi contre un arrêt statuant sur des demandes d'annulation d'actes de la procédure, M. Z... ne peut être regardé comme ayant été condamné pénalement par l'arrêt attaqué². Il était donc tenu de respecter les prescriptions des articles précités. Or, après avoir formé un pourvoi le 12 novembre 2018, puis déposé un premier mémoire personnel au greffe de la chambre de l'instruction de Paris le 22 novembre 2018, il a adressé son mémoire personnel complémentaire directement au greffe de la Cour de cassation le 12 décembre suivant, soit un mois après la déclaration de pourvoi. Ce second mémoire qui n'a pas été déposé au greffe de la juridiction ayant rendu l'arrêt attaqué dans le délai de dix jours à compter du pourvoi ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 584 du code de procédure pénale. Il doit donc être déclaré irrecevable.

Contrairement à ce que soutient M. Z..., la circonstance que son mémoire personnel initial ait été déposé dans le délai et selon les modalités prévues par l'article précité ne rend pas recevable son mémoire complémentaire. En effet, la Chambre criminelle apprécie la recevabilité du mémoire personnel complémentaire sans avoir égard à celle du mémoire personnel initial³.

2.2.- Irrecevabilité des moyens relatifs au rejet des demandes d'annulation

² Crim. 26 oct. 2010, n° 10-85.963, Bull. n° 169

³ Crim. 3 mai 1994, n° 91-86.047 ; Crim., 14 sept. 1999, n° 99-83.270 ; Crim. 9 nov. 2010, n° 09-86.671 et 672 ; Crim. 26 févr. 2014, n° 12-86.227

Se pose par ailleurs la question de la recevabilité des moyens proposés par ou pour M. Z... dans son mémoire personnel initial et le mémoire ampliatif produit en son nom.

La Chambre criminelle a posé en principe qu' *"il résulte des dispositions combinées des articles 567 et 609 du code de procédure pénale qu'après cassation, l'affaire est dévolue à la cour d'appel de renvoi dans les limites de l'acte de pourvoi et dans celles fixées par l'arrêt rendu sur le pourvoi"*. Elle en tire la conséquence que les parties qui ne se sont pas pourvues, ne sont pas recevables à formuler à nouveau devant la juridiction de renvoi les demandes qu'elles avaient présentées devant la juridiction dont l'arrêt a été cassé⁴. La règle s'applique notamment devant la chambre de l'instruction saisie, comme en l'espèce, de demandes d'annulation d'actes de la procédure. La Chambre criminelle juge que *"seules sont recevables à proposer des moyens de nullité devant la chambre de l'instruction de renvoi les parties sur le pourvoi desquelles la cassation a été prononcée"*⁵. Les autres parties doivent certes être avisées de la date de l'audience de la chambre de l'instruction afin d'être mises en mesure de présenter des observations sur les demandes d'annulation mais elles ne peuvent présenter elles-mêmes de telles demandes⁶.

En application du principe qui vient d'être rappelé, M. Z..., qui ne s'est pas pourvu contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de Versailles dont la cassation est intervenue exclusivement sur les pourvois de MM. X... et Y..., n'était pas recevable à proposer des moyens de nullité devant la chambre de l'instruction de renvoi. Il n'est donc pas davantage recevable à critiquer les motifs par lesquels celle-ci n'a pas fait droit à ses demandes d'annulation. Or, dans les trois moyens qu'il propose dans son mémoire personnel initial ainsi qu'aux trois premières branches du moyen unique proposé dans son mémoire ampliatif, M. Z... reproche à la chambre de l'instruction de ne pas avoir accueilli ses demandes d'annulation des actes de la procédure tirées de ce que l'intervention du policier sous pseudonyme, d'une part, avait constitué un procédé déloyal tendant à provoquer la commission de l'infraction et, d'autre part, s'analysait en une opération d'infiltration illégale. Vous ne pourrez que déclarer irrecevable une telle argumentation.

De manière surabondante, on ajoutera qu'en ce qu'ils reprochent plus spécialement à la chambre de l'instruction de ne pas avoir examiné, pour l'accueillir, le moyen de nullité tiré de la violation des dispositions encadrant les opérations d'infiltration, les moyens de cassation proposés par ou pour le demandeur sont irrecevables à un autre titre. En effet, selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle consacrée par votre Assemblée plénière, il résulte des articles 174 et 609-1 du code de procédure pénale que, devant la chambre de l'instruction statuant sur renvoi après cassation, seuls peuvent être invoqués les moyens de nullité qui avaient été soulevés devant la chambre de l'instruction dont l'arrêt a été annulé⁷. Or, à aucun moment, M. Z... n'avait fait valoir devant la chambre de l'instruction de Versailles la violation des dispositions régissant l'infiltration. Il n'était donc pas recevable à l'invoquer devant la chambre de l'instruction de Paris qui, au demeurant, n'y a consacré aucun motif.

2.3.- Appréciation du moyen tiré de l'atteinte à la présomption d'innocence

Le moyen unique proposé pour M. Z... dans le mémoire ampliatif apparaît en revanche

⁴ Crim., 23 janv. 2018, n° 16-87.693 ; Crim. 18 juin 2019, n° 18-83.258

⁵ Crim. 19 mars 2002, n° 01-88.240, Bull. n° 63 ; Crim. 17 juin 2003, n° 03-81.936

⁶ Crim. 19 mars 2002, *préc.*

⁷ Crim., 19 mars 2002, n° 01-88.240, Bull. 2002, n° 63 ; Crim., 17 juin 2003, n° 03-81.936 ; Crim., 15 mars 2011, n° 11-80.725 ; Ass. plén., 10 nov. 2017, *préc.*

recevable en sa quatrième branche selon laquelle la chambre de l'instruction l'aurait présenté comme coupable et aurait donc méconnu son droit au respect de la présomption d'innocence proclamé, notamment, aux articles 6, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article préliminaire, paragraphe III, du code de procédure pénale. Le grief ainsi articulé, né de l'arrêt attaqué, ne se heurte pas à la cause d'irrecevabilité que nous avons relevée.

L'on peut toutefois s'interroger sur l'opérance d'un tel moyen. Il est assez fréquent que le grief tiré de la violation de la présomption d'innocence soit invoqué à l'encontre d'un arrêt de mise en accusation lorsque la chambre de l'instruction adopte une tournure par trop affirmative pour décrire les faits qui auraient été commis par la personne mise en cause. Par un arrêt du 13 novembre 1996⁸, la Chambre criminelle a écarté ce grief en retenant que les motifs de l'arrêt de mise en accusation *“sont dépourvus de l'autorité de la chose jugée”* de sorte qu'ils *“ne peuvent porter atteinte à la présomption d'innocence dont l'accusé continuera de bénéficier jusqu'à déclaration éventuelle de culpabilité, prononcée par la juridiction de jugement et devenue irrévocable”*. Depuis lors, cette réponse a été opposée à de très nombreuses reprises⁹. Logiquement, elle a été également retenue en dehors du contentieux de la mise en accusation, notamment lorsque le grief était invoqué au soutien d'un arrêt rendu en matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire¹⁰.

Toutefois, cette réponse n'est pas opposée systématiquement par la Chambre criminelle qui, dans de nombreux arrêts, accepte d'examiner la réalité de la violation de la présomption d'innocence invoquée par la personne mise en cause¹¹. Cette tendance s'est nettement affirmée depuis l'entrée en vigueur, le 31 mars 2016, de la directive du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence¹². En son paragraphe 1, l'article 4 de cette directive fait obligation aux Etats membres de prendre *“les mesures nécessaires pour veiller à ce que (...) les décisions judiciaires, autres que celles statuant sur la culpabilité, ne présentent pas un suspect ou une personne poursuivie comme étant coupable”*

⁸ Crim. 13 nov. 1996, n° 96-83696, Bull. n° 401

⁹

Crim. 28 juin 2016, n° 16-82661 ; Crim. 30 sept. 2014, n° 14-84901 ; Crim. 8 avr. 2010, n° 10-80240 ; Crim. 18 févr. 2009, n° 08-88071 ; Crim. 19 déc. 2007, n° 07-86883 ; Crim. 31 oct. 2006, n° 06-86128 ; Crim. 17 oct. 2006, n° 06-86097 ; Crim. 14 oct. 2003, n° 03-84488 ; Crim. 23 janv. 2002, n° 01-87485 ; Crim. 3 oct. 2001, n° 01-85003 ; Crim. 6 oct. 1999, n° 97-85118 ; Crim. 9 juil. 1997, n° 97-82383

¹⁰

Crim. 21 oct. 2003, n° 03-84498 : *“contrairement à ce qui est allégué, les juges n'ont porté aucune atteinte au principe de la présomption d'innocence, dès lors que l'arrêt attaqué ne présente pas le caractère d'une décision à laquelle s'attache l'autorité de la chose jugée et que l'intéressé continue à bénéficier de cette présomption tant que sa culpabilité n'aura pas été éventuellement reconnue par une juridiction de jugement”* ; Crim. 17 janv. 2001, n° 00-86761 ; Crim. 6 juin 2000, n° 00-81667 ; Crim. 10 nov. 1999, n° 99-85697 ; 18 sept. 1997, n° 97-83648 ; Crim. 3 sept. 1997, n° 97-83336 ; Crim. 20 août 1997, n° 97-83056 ; Crim. 8 juil. 1997, n° 97-82365 ; Crim. 11 juin 1997, n° 97-81795

¹¹

Crim., 11 déc. 2018, n° 18-85.460, Bull. n° 208 ; Crim., 26 sept. 2018, n° 18-84.389 ; Crim. 13 juin 2018, n° 17-83.242 ; Crim. 4 oct. 2017, n° 17-84.516 ; Crim., 19 sept. 2017, n° 17-84.206 ; Crim., 23 août 2017, n° 17-83.509 ; Crim., 8 juin 2017, pourvoi no 17-82.183 ; Crim., 1er mars 2017, n° 16-87.589 ; Crim., 3 nov. 2016, n° 16-85.017 ; Crim., 27 juil. 2016, n° 16-82.787 ; Crim., 15 juin 2016, n° 16-82.061 ; Crim., 16 févr. 2016, n° 15-86.879 ; Crim., 20 mai 2015, n° 15-81.331 ; Crim., 1er avr. 2015, n° 15-80.099 ; Crim., 10 juil. 2013, n° 13-82.774 ; Crim., 25 juin 2013, n° 13-82.485 (mise en accusation) ; Crim., 28 nov. 2012, n° 12-86.316 (*ibid.*) ; Crim., 2 mars 2011, n° 10-88.450 ; Crim., 15 déc. 2004, n° 04-85.804 ; Crim., 22 oct. 2003, n° 03-84.619 ; Crim., 10 sept. 2003, n° 03-83.312 ; Crim., 10 sept. 2003, n° 03-83.328 ; Crim., 27 févr. 2002, n° 01-88.357 ; Crim., 18 sept. 2001, n° 01-84.746

¹²

Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales

aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été légalement établie". Au regard de cette exigence, il n'est pas très satisfaisant de passer par pertes et profits d'éventuelles atteintes à la présomption d'innocence au motif, paradoxal, que l'intéressé bénéficie du droit dont il invoque précisément la violation. Par un arrêt, publié, du 11 décembre 2018¹³, la Chambre criminelle nous semble avoir consacré l'abandon de cette solution.

Il y a donc lieu d'examiner le bien-fondé du moyen proposé dans le mémoire ampliatif, en sa quatrième branche. M. Z... y relève que l'arrêt de la chambre de l'instruction comporte les énonciations suivantes : *"dès le 20 juin, Lukas prenait contact avec le malfaiteur"*, *"le malfaiteur adressait ensuite le 11 août"* et *"le 25 septembre, le maître chanteur adressait deux SMS"*. Le demandeur soutient qu'en qualifiant l'interlocuteur du policier ayant mené les négociations pour la victime de "malfaiteur" ou de "maître chanteur", la chambre de l'instruction aurait méconnu son droit au respect de la présomption d'innocence dès lors qu'elle aurait par ailleurs relevé qu'il avait été identifié comme étant cet interlocuteur. Cette argumentation n'apparaît pas sérieuse. Ainsi que cela résulte de l'article 4 de la directive précitée et de l'interprétation qu'en a donnée la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴, la présomption d'innocence ne peut être regardée comme atteinte que dans les cas où une décision de justice autre que statuant sur la culpabilité présente une personne comme coupable. Tel n'est pas le cas en l'espèce. A aucun moment la chambre de l'instruction n'a tenu la culpabilité de M. Z... pour établie. Elle a seulement relevé les indices ayant déterminé sa mise en examen. Le moyen proposé pour M. Z... doit donc être écarté en sa quatrième branche.

3.- Moyen proposé pour MM. X... et Y...

3.1.- Présentation du moyen, tiré de la violation du principe de loyauté des preuves

Il nous faut à présent examiner le moyen proposé pour MM. X... et Y... dirigé contre les motifs par lesquels la chambre de l'instruction a écarté leur argumentation tirée de ce que, par son intervention active, le policier représentant M. D..., avait provoqué à la commission de l'infraction en violation du principe de loyauté des preuves.

C'est la troisième fois au cours de ces cinq dernières années que la formation la plus solennelle de votre Cour est appelée à préciser le sens et la portée de ce principe en matière pénale¹⁵. Dans la présente affaire comme dans les précédentes, votre saisine trouve sa raison d'être dans la résistance des juridictions du fond. Ce simple constat met d'emblée en évidence la difficulté de tracer la ligne de partage entre stratégies licites et stratagèmes déloyaux lorsqu'il s'agit, pour la police judiciaire et les magistrats sous la direction desquels elle est placée, de constater les infractions, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs afin de parvenir à la manifestation de la vérité pour reprendre les termes des articles 14 et 81 du code de procédure pénale relatifs respectivement à la mission de la police judiciaire et à celle du juge d'instruction. Cette difficulté, relevée par de nombreux commentateurs, n'a rien de surprenant. L'obligation de loyauté pesant sur les enquêteurs au cours de la phase préparatoire du procès pénal est d'origine prétorienne. En dépit de quelques tentatives, elle n'a jamais fait l'objet d'une consécration législative qui en aurait cerné les contours.

¹³ v. arrêt précité, note 11

¹⁴ CJUE, 19 sept. 2018, *Procédure pénale c/ Milev*, C-310/18 PPU

¹⁵

Ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, Bull. crim., Ass. plén., n° 2 ; rapp. M. Zanoto ; concl. M. Boccon-Gibod - Ass. plén., 10 nov. 2017, n° 17-82.028, Bull. crim., Ass. plén., n° 2 ; rapp. Mme Slove ; concl. M. Wallon - Rapports et avis accessibles sur le site de la Cour de cassation

Il va de soi qu'il ne s'agit pas d'imposer aux enquêteurs de mener les investigations de manière transparente et contradictoire à l'égard des personnes soupçonnées. Les exigences d'efficacité de l'enquête et, parfois, de sécurité des enquêteurs, commandent que ces derniers puissent user de ruses. Au demeurant, le législateur lui-même autorise, en les encadrant, le recours à toutes sortes de techniques d'investigations clandestines et intrusives dont la sophistication et l'utilisation croissent à mesure que se développent les moyens de communication électronique.

Sans prétendre épuiser le sujet, il est possible de voir dans le principe de loyauté une protection avancée des principes d'équité et de légalité - étant rappelé que légalité est le sens originel de loyauté. Il s'agit de prohiber des procédés qui, sans être formellement ou frontalement illégaux, aboutissent à compromettre les droits de la personne suspecte ou poursuivie.

Deux types de procédés peuvent être distingués en fonction de leurs conséquences. Le premier recouvre les agissements les plus graves, ceux tendant à provoquer à la commission de l'infraction. Par l'effet d'une telle provocation, le procès se trouve détourné de son objet qui n'est pas de fabriquer des infractions, et donc des coupables, mais de constater des infractions préexistantes et d'en rechercher les auteurs. Pour reprendre l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme, le fait, pour les enquêteurs de provoquer à la commission de l'infraction est "*susceptible de priver ab initio et définitivement l'accusé d'un procès équitable*"¹⁶. Au-delà de cette atteinte majeure à l'équité, le principe de loyauté peut être atteint par un second type de procédés recouvrant toutes sortes d'agissements qualifiés par commodité en doctrine de provocation illicite à la preuve. Ces agissements tendent à établir la preuve de l'implication de telle personne dans la commission d'une infraction en éludant les garanties instituées par la loi pour la protection de ses droits.

Au cas présent, le débat ouvert par MM. X... et Y... devant la chambre de l'instruction a porté essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction. Le moyen unique de cassation en deux branches proposé par eux tend à critiquer les motifs pour lesquels la chambre de l'instruction a écarté leur argumentation sur ce point. Toutefois, en sa première branche, la critique portée par le moyen apparaît plus large. Les demandeurs y soutiennent qu'en l'état des pièces de la procédure et de ses propres constatations, la chambre de l'instruction aurait dû relever l'existence d'un stratagème de nature à vicier la recherche des preuves par un agent de l'autorité publique. Aussi, après avoir examiné s'ils soutiennent à bon droit que la chambre de l'instruction ne pouvait écarter l'existence d'une provocation à l'infraction, nous examinerons si les demandeurs peuvent être admis à soutenir que le principe de loyauté aurait été autrement méconnu et, dans l'affirmative, si leur moyen est fondé sous ce second aspect.

3.2.- Déloyauté tenant à la provocation à la commission de l'infraction

3.2.1.- Rappel des solutions jurisprudentielles

3.2.1.1.- Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

C'est essentiellement à propos de la mise en oeuvre de "l'infiltration", technique d'investigation largement pratiquée au sein du Conseil de l'Europe, notamment pour la lutte contre le trafic de stupéfiants, que la Cour européenne des droits de l'homme a développé sa jurisprudence relative à la prohibition de la provocation à la commission de l'infraction. Selon la définition

¹⁶ Par ex. : CEDH GC, 5 févr. 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*, n° 74420/01, § 54

qu'en donne, en France, l'article 706-81 du code de procédure pénale, l'infiltration consiste pour un enquêteur, "à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs"¹⁷. A cette fin, l'enquêteur est autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre, si nécessaire, un certain nombre d'actes qualifiables pénalement sans, bien entendu, en être pénalement responsable. Il peut ainsi procéder à l'acquisition ou à la livraison de biens provenant de la commission des infractions ou servant à celle-ci. De l'infiltration peut être rapprochée "l'enquête sous pseudonyme", désormais régie par l'article 230-46 du code de procédure pénale issu de la loi du 23 mars 2019¹⁸, permettant à des agents de participer à des activités illicites par voie électronique pour en établir la preuve et en identifier les auteurs.

Si, comme l'énonce avec constance la Cour européenne des droits de l'homme, le recours à ces méthodes d'investigation "ne saurait en soi emporter violation du droit à un procès équitable", il importe "d'en cantonner l'usage dans des limites claires" en raison du "risque de provocations policières" qu'elles engendrent. Selon la définition qu'elle en a donnée dans son arrêt de Grande chambre *Ramanauskas c/ Lituanie* du 5 février 2008 et qu'elle rappelle à longueur d'arrêts : "il y a provocation policière lorsque les agents impliqués - membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande - ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre"¹⁹. Autrement dit, si les enquêteurs peuvent s'associer à des activités illicites pour en établir la preuve, il leur est interdit de les provoquer, cette prohibition ayant d'ailleurs été inscrite par le législateur à l'avant-dernier alinéa des articles 230-46 et 706-81 du code de procédure pénale déjà cités²⁰.

L'exigence de passivité ne doit pas prêter à confusion. Elle ne signifie pas que l'agent infiltré ne pourrait tenir aucun rôle actif, sans quoi l'infiltration se trouverait purement et simplement prohibée. Elle signifie qu'il ne peut, par son action, déterminer la commission d'une infraction. Pour reprendre les termes mêmes des arrêts de la Cour de Strasbourg, il s'agit de savoir "si les agents infiltrés [se sont] simplement "associés" aux actes criminels" ou s'ils sont "à l'origine de ces actes"²¹. Il n'est donc pas contesté qu'ils puissent les accompagner. La provocation policière - parfois dénommée "guet-apens" par la Cour - est donc caractérisée, d'une part, de manière négative, en mettant en évidence qu'aucune activité délictueuse ne préexistait à l'intervention de l'agent, et, d'autre part, de manière positive, en établissant que l'agent a pris des initiatives incitant à la commission de l'infraction²².

¹⁷ En outre, des dispositions spécifiquement applicables en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants et d'infractions à la législation sur les armes figurent respectivement aux articles 706-32 et 706-106 du code de procédure pénale.

¹⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹⁹ CEDH, 5 févr. 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*, n° 74420/01, § 55

²⁰ Elle figure également aux articles 706-32 et 706-106 CPP régissant l'infiltration en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants et d'infractions à la législation sur les armes ainsi qu'à l'article 706-80-2 relatif à la surveillance.

²¹ CEDH 15 mai 2018, *Virgil Dan Vasile c/ Roumanie*, n° 35517/11, § 41

²²

Il se peut que les éléments d'appréciation soumis à la Cour de Strasbourg ne lui permettent pas de prendre parti quant à l'existence d'une provocation policière. En pareil cas, selon la méthodologie qu'elle a développée avec une grande précision, elle examine "si lors de son procès, le requérant a pu utilement invoquer la provocation, que ce soit par la voie d'une exception ou autrement". Cela suppose que la question de la provocation ait fait l'objet d'un examen contradictoire, minutieux et complet. Dans la négative, la Cour conclut à la violation de l'article 6 en raison de la

Comme elle l'énonce elle-même, pour se prononcer sur la question de la préexistence de l'activité délictueuse, *“la Cour vérifie s'il existait des soupçons objectifs selon lesquels le requérant avait été mêlé à une [telle activité] ou avait une propension à [s'y] livrer”*²³. Ainsi, l'existence de tels soupçons ne peut être alléguée lorsque la personne concernée, dépourvue de casier judiciaire, était inconnue des services de police et ne détenait pas plus de drogue que la quantité demandée par les policiers “infiltrés” de sorte que rien ne laissait supposer qu'elle se livrait au trafic de stupéfiants avant leur intervention²⁴. En revanche, peut être prise en compte comme indice objectif d'une activité criminelle préexistante une forme de “professionnalisme” ou du moins de familiarité avec la délinquance²⁵. La situation est encore plus claire lorsqu'il résulte des éléments d'appréciation que l'infraction a nécessairement été commise avant la prise de contact avec le policier infiltré. Il en est ainsi lorsque le policier s'est porté acquéreur de billets contrefaits que la personne suspecte détenait en connaissance de cause²⁶.

Si une activité délictueuse préexistante n'est pas démontrée, il y a provocation policière lorsque les agents ont exercé des pressions sur la personne mise en cause ou l'ont sollicitée pour l'amener à commettre l'infraction. Il en est ainsi, par exemple, s'ils lui demandent avec insistance de leur livrer des produits stupéfiants moyennant une somme d'argent ou encore d'accepter les termes d'un pacte de corruption²⁷. En revanche, la Cour européenne juge logiquement qu'il n'y a pas provocation lorsque la personne mise en cause a demandé elle-même à être contactée ou lorsqu'elle a pris elle-même l'initiative de contacter l'agent infiltré²⁸. Les agents doivent donc *“éviter tout comportement pouvant être interprété comme une pression sur le requérant, comme prendre l'initiative de contacter [celui-ci], renouveler l'offre malgré un refus initial, inciter avec insistance, offrir un prix supérieur à celui du marché ou faire appel à la compassion du requérant en mentionnant les symptômes du sevrage”*²⁹.

En définitive, la difficulté de tracer la ligne de partage entre les agissements pouvant s'analyser en une provocation à la commission de l'infraction et ceux qui n'ont pour objet que d'en

violation des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

²³ *Ibid*, § 42

²⁴

v. CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, n° 25829/94, § 38-39 ; CEDH, 5 févr. 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*, préc. ; CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Malininas c/ Lituanie*, n° 10071/04, § 36 (en anglais) ; CEDH, 15 déc. 2009, *Burak Hun c/ Turquie*, n° 17570/04, § 43 ; CEDH, 12 nov. 2013, *Sepil c/ Turquie*, req. n° 17711/07, § 34 ; CEDH, 23 juin 2015, *Opris c/ Roumanie*, n° 15251/07, § 59 - A elle seule, la circonstance que la personne mise en cause ait été condamnée pour usage de stupéfiants ne peut constituer l'indice objectif qu'elle était susceptible de se livrer à un trafic : CEDH, 29 sept. 2009, *Constantin et Stoian c/ Roumanie*, n° 23782/06, § 55 (en anglais)

²⁵

Se manifestant, par exemple, par la connaissance des prix du marché de la drogue, la capacité d'en fournir de grandes quantités à bref délai ou encore la mise en oeuvre de certaines mesures de précaution lors des transactions : CEDH, 6 mai 2003, *Sequeira c. Portugal*, n° 73557/01 ; CEDH, 6 avr. 2004, *Shannon c/ Royaume-Uni*, n° 67537/01 (irrecevabilité) ; CEDH, 18 déc. 2014, *Scholer c/ Allemagne*, n° 14212/10, § 53 ; CEDH, 10 oct. 2017, *Mills c/ Irlande*, req. n° 50468/16, § 24-25 (en anglais) ; CEDH, *Virgil Dan Vasile c/ Roumanie*, préc. § 53

²⁶ CEDH, 18 sept. 2008, *Vlachos c/ Grèce*, n° 20643/06, § 26

²⁷ CEDH, *Sepil*, préc., § 34 ; *Burak Hun*, préc., § 43-44 ; *Ramanauskas*, préc., § 67 ; *Malininas*, préc. § 37 (en anglais)

²⁸ CEDH *Virgil Dan Vasile*, préc. § 52 ; CEDH, 20 févr. 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie* (n° 2), n° 55146/14, § 68 (en anglais)

²⁹ *Virgil Dan Vasile*, préc., § 41

permettre la révélation et la constatation tient à ce que, dans la très grande majorité des cas, l'agent infiltré s'inscrit dans un processus délictueux continu - "*une entreprise illégale continue*" - qui se poursuit après son intervention et auquel il "s'associe" pour reprendre l'expression des juges européens. Par cette association et les agissements qu'elle implique - fourniture de matériel, achat de marchandise prohibée etc. - l'agent infiltré "*influence*" nécessairement "*le cours des événements*" ainsi que le relève la Cour européenne³⁰. Celle-ci distingue cependant cette inévitable influence de l'incitation à commettre les faits délictueux. Dès lors qu'il apparaît que les enquêteurs se sont simplement "*greffés sur l'activité criminelle*" de sorte que leur rôle n'a pas été le "*facteur déterminant*" de celle-ci, il n'y a pas de "*provocation policière*" ou de "*guet-apens*"³¹.

Dans la mise en oeuvre de ces orientations, la Cour européenne se montre d'un grand pragmatisme, soucieuse de prévenir les atteintes au procès équitable sans compromettre l'efficacité de l'action des agents infiltrés, nécessaire pour déterminer l'ampleur d'une activité criminelle continue et remonter à sa source. Bien entendu, les agents ne doivent pas inciter l'intéressé à commettre des faits différents de ceux qu'il envisageait ou des faits plus graves, par exemple en l'incitant à fabriquer des faux billets dans des quantités beaucoup plus importantes³². Mais il n'y a pas de provocation lorsque, indépendamment de l'intervention de l'agent, le processus délictueux s'est en quelque sorte poursuivi sur sa lancée pour aboutir à la commission de l'infraction. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter.

Il se peut tout d'abord que l'agent - ou, ce qui revient au même aux yeux des juges européens, la personne agissant sur ses instructions - intervienne alors que l'infraction est en train de se commettre. Ainsi, dans l'affaire *Blaj contre Roumanie*, une personne en charge de composer une "commission d'examen" avait dénoncé le président de celle-ci, exposant qu'il s'était entendu avec elle pour proposer à des candidats de leur révéler les sujets d'examen en échange d'une somme d'argent. Les enquêteurs placèrent alors le président de la commission sur écoute et organisèrent l'enregistrement audiovisuel de ses rencontres avec sa dénonciatrice dont ils s'étaient acquis la collaboration. Le jour fixé pour la remise de la somme, celle-ci déposa sur le bureau du président une enveloppe contenant des billets. Interpellé après qu'il s'en fut emparé puis poursuivi pour corruption passive, l'intéressé s'est dit victime d'une provocation policière. Les juges nationaux ont écarté cette argumentation et la Cour européenne les en a approuvé en ces termes : "*En offrant à [la dénonciatrice] une certaine protection et en lui fournissant le matériel technique nécessaire, les enquêteurs ont certes influencé le cours des événements. Toutefois, compte tenu de ses obligations de vérifier les plaintes pénales et de l'importance de contrecarrer l'effet corrosif qu'a la corruption sur l'état de droit dans une société démocratique, la Cour considère que la police n'a pas outrepassé ses fonctions (...). Elle considère que le rôle des enquêteurs n'a pas non plus été le facteur déterminant dans la commission des faits. L'élément déterminant a été en l'espèce les comportements de [la dénonciatrice] et du requérant. Les enquêteurs se sont greffés sur l'activité criminelle et ne l'ont pas provoquée, de sorte que [la dénonciatrice] a joué en l'espèce le rôle d'un agent infiltré mais non celui d'un agent provocateur.*"³³.

Le cas de figure est un peu différent lorsque, pour mettre au jour une activité illicite, l'agent infiltré se livre à des sollicitations. De prime abord, l'initiative pourrait s'analyser en une provocation à la commission de l'infraction. Toutefois, les juges européens écartent cette

³⁰ CEDH, 8 avril 2014, *Blaj c/ Roumanie*, n° 36259/04, § 110

³¹ *Ibid*

³² CEDH, 12 nov. 2017, *Grba c/ Croatie*, n° 47074/12, § 92-103 (en anglais)

³³ *Ibid*.

analyse lorsque l'action ou le service sollicité s'inscrit dans une activité délictueuse présentant un caractère permanent. Ainsi, dans l'affaire *Eurofinacom contre France*, la Cour de Strasbourg a eu à connaître d'un cas où le caractère "prostitutionnel" de certains messages échangés en ligne n'avait pu être constaté par les enquêteurs qu'à la suite de sollicitations adressées par eux aux titulaires de certains "pseudos" auxquels ils avaient formulé des demandes de tarifs tout en dissimulant leur qualité. Pour écarter l'existence d'une provocation policière invoquée par la société gestionnaire du site, poursuivie pour proxénétisme, la Cour de Strasbourg a retenu que "*s'il est vrai que les policiers enquêteurs ont provoqué l'offre prostitutionnelle qui leur a été personnellement faite (...), ils n'ont pas à proprement parlé incité à la commission des faits de proxénétisme qui ont fondé la condamnation de la société requérante, qui revêtaient un caractère permanent et étaient le fait, non de prostitués, mais, par définition, de la société requérante*"³⁴.

3.2.1.2.- Jurisprudence de la Chambre criminelle

La Chambre criminelle développe une jurisprudence très proche de celle de la Cour européenne sous réserve qu'elle regarde la provocation à la commission de l'infraction comme une atteinte à un principe autonome - celui de la loyauté des preuves - et la sanctionne comme telle. Cette différence d'approche s'explique par la circonstance que la Cour européenne "*n'a pas à se prononcer, par principe, sur la recevabilité de certains modes de preuve*", cette question relevant "*au premier chef du droit interne*"³⁵ mais seulement à rechercher si tel procédé a porté atteinte au droit à un procès équitable, énoncé à l'article 6 de la CESDH. Cela étant, la différence est tenue car c'est bien en tant qu'elle emporte une violation du droit à un procès équitable que la violation du principe de loyauté des preuves est sanctionnée. Au demeurant, c'est au double visa de l'article 6 de la CESDH et du principe de loyauté des preuves que la Chambre criminelle censure "*la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire*", énonçant qu'elle porte atteinte non seulement à ce principe mais également au droit à un procès équitable.

La Chambre criminelle a retenu l'existence d'une telle provocation dans un cas où les enquêteurs avaient usé d'un stratagème pour déterminer une personne à se livrer à un trafic d'influence³⁶, à acquérir et à diffuser sur internet des images de mineurs à caractère pornographique³⁷ ou encore à commettre un vol³⁸. Toutefois, comme la Cour européenne des droits de l'homme, elle juge qu'il n'y a pas provocation dès lors que l'activité délictueuse était préexistante. Tel est le cas lorsque l'agent infiltré ne fait que s'associer à un trafic de stupéfiants³⁹ ou lorsque le fonctionnaire de police, sans les solliciter, feint d'accepter des offres de sommes d'argent, le procédé ne tendant qu'à faire la preuve d'un délit de corruption déjà constitué⁴⁰. Solliciter un service pour constater un comportement discriminatoire selon le procédé dit de *testing* consacré à l'article 225-3-1 du code pénal n'est pas davantage une

³⁴ CEDH, 7 sept. 2004, *Eurofinacom c/ France*, n° 58753/00, § 2

³⁵ CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse*, n° 10862/84, § 45-46

³⁶ Crim. 27 févr. 1996, n° 95-81366, Bull. n° 96

³⁷ Crim. 11 mai 2006, n° 05-84.837, Bull. n° 132 ; Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, Bull. n° 37 et, dans la même affaire, Crim. 4 juin 2008, n° 08-81.045, Bull. n° 141

³⁸ Crim. 9 août 2006, n° 06-83.219, Bull. n° 202 ; Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, Bull. n° 37

³⁹ Crim. 2 mars 1971, n° 70-91.810, Bull. n° 71 ; Crim. 2 oct. 1979, n° 79-90.587, Bull. n° 266 ; Crim. 8 juin 2005, n° 05-82.012, Bull. n° 173 ; Crim. 17 nov. 2015, n° 15-84.458 ; Crim. 9 mai 2018, n° 17-86.558, Bull. n° 90 ; Crim. 27 juin 2018, n° 17-87.554

⁴⁰ Crim. 23 nov. 1999, n° 99-82.658, Bull. n° 269

provocation à commettre l'infraction⁴¹. De même, la création d'un site permettant aux internautes d'échanger sur des pratiques de fraude à la carte bancaire, afin d'établir la preuve de telles fraudes et d'en identifier les auteurs, n'a pas pour objet de provoquer à la commission de l'infraction mais seulement d'en permettre la constatation⁴².

C'est à la lumière de cet ensemble de décisions qu'il convient d'apprécier le mérite du moyen tiré de ce que la chambre de l'instruction aurait jugé à tort que l'intervention du policier n'avait pas eu pour effet d'inciter MM. X... et Y... à commettre le délit, objet de la poursuite.

3.2.2.- Application au cas d'espèce

3.2.2.1.- Enchaînement des faits

L'enchaînement des faits, longuement retracé par l'arrêt attaqué, peut être succinctement restitué. Au début du mois de juin 2015, M. D... a fait l'objet de nombreux appels téléphoniques et textos d'un individu l'ayant informé que certaines personnes étaient en possession d'une vidéo à caractère sexuel le concernant et l'invitant à trouver un arrangement pour en éviter la divulgation. Lors de ces mêmes appels, l'individu a lui-même demandé à M. D... de désigner un "homme de confiance" pour mener la négociation. M. D... a déposé plainte le 8 juin 2015. Sur les instructions du procureur de la République de Versailles, saisi de l'enquête, un commissaire de la direction régionale de la police judiciaire de Versailles a été désigné pour négocier avec les malfaiteurs.

Le 20 juin 2015, le policier est entré en relation par texto avec le correspondant de M. D..., sous le pseudonyme de "Lukas". Le correspondant l'a alors rappelé deux fois. Il lui a fait connaître qu'*"il souhaitait que le mandataire du joueur soit présent le 24 juin à midi à l'aéroport d'Alger, vêtu d'un maillot de l'OM, afin de rencontrer les commanditaires de l'opération et de connaître leurs prétentions pour régler le problème. Il lui a par ailleurs "précisé que, faute d'accord, la vidéo sortirait quinze jours avant l'Euro 2016" et que "des média britanniques étaient déjà intéressés"*⁴³. En réponse, le policier a demandé à avoir la preuve de l'existence de la vidéo.

Le 15 juillet 2015, étant sans nouvelles, le policier a appelé son correspondant qui est resté sur la même position. Dans les mois suivants, celui-ci s'est manifesté à son tour à plusieurs reprises. Le 11 août, il a adressé un texto à M. D... pour le féliciter d'avoir signé un contrat avec le Dynamo de Moscou. Le 25 septembre, dans deux autres messages, il lui a exprimé le souhait que Lukas reprenne la discussion. Le 1^{er} octobre, il l'a contacté à nouveau ainsi que Lukas *"pour dire que n'ayant plus de nouvelles, il allait laisser le soin aux Marseillais de diffuser la vidéo"*. Quelques jours plus tard, le 6 octobre, le maître chanteur présumé a exposé que *"ses donneurs d'ordre n'étaient pas en possession de la vidéo qui était détenue par un tiers" précisant "que c'était la même équipe qui avait déjà [fait chanter un autre joueur] - I... J... - qui avait alors payé 100 000 euros et que cette fois il serait certainement demandé plus"*. Le même jour, il a appelé Lukas pour reprendre la négociation. Parallèlement, alors que M. D... était en stage préparatoire de l'équipe de France à Clairefontaine (78), il a été approché par un autre joueur, M. X..., et, le 6 octobre, a eu un entretien avec lui. M. X... lui a alors indiqué qu'il avait vu la vidéo, que c'était *"chaud"* et qu'il pouvait lui présenter quelqu'un qui pouvait *"gérer la situation"*.

Le 12 octobre, un nouvel échange téléphonique a eu lieu entre le maître chanteur présumé et le policier. La ligne téléphonique étant sous surveillance, la teneur de l'échange intercepté par

⁴¹ Crim. 28 févr. 2017, n° 15-87378 - et, en réponse à une QPC : Crim. 4 février 2015, n° 14-90.048, Bull. n° 26

⁴² Crim. 30 avr. 2014, n° 13-88.162, Bull. n° 119

⁴³ Arrêt attaqué, p. 4, § 6

les enquêteurs a été restituée par la chambre de l'instruction. Le maître chanteur a notamment indiqué que "les Marseillais" en possession de la vidéo avaient eu une proposition d'achat de 18 000 euros par un média anglais et qu'ils l'avaient déclinée, souhaitant en obtenir un million d'euros. Il a demandé au mandataire de M. D... de lui faire une proposition chiffrée lui fixant un rendez-vous à Paris pour le 13 octobre 2015 et lui indiquant qu'il souhaitait retirer un bénéfice personnel de la transaction.

Le 13 octobre, M. Z..., identifié comme le correspondant de M. D... et de Lukas, a été interpellé. A la suite de cette interpellation sont intervenues les mises en examen déjà évoquées, au nombre desquelles celles de MM. X... et Y....

3.2.2.2.- Motifs de l'arrêt attaqué

Pour écarter l'argumentation de MM. X... et Y... qui soutenaient que le policier avait provoqué à la commission de l'infraction en violation du principe de la loyauté des preuves, la chambre de l'instruction a tout d'abord analysé le délit de chantage. Après avoir énoncé qu'il s'agissait d'une infraction instantanée qui n'était consommée qu'après obtention des fonds, du bien ou de l'acte attendu comme contrepartie, la chambre de l'instruction a retenu que "*le commencement d'exécution de la tentative de chantage recouvre les faits qui précèdent et tendent à la remise*". Elle a précisé par ailleurs qu'il s'agit d'un délit complexe dont la commission suppose plusieurs actes matériels différents formant un ensemble indivisible.

Considérant ensuite les faits de l'espèce à la lumière de cette analyse, la chambre de l'instruction a estimé qu'ils formaient un tel ensemble caractérisant une tentative de chantage et la complicité de cette tentative. Elle a évoqué comme constitutifs de cet ensemble l'acquisition frauduleuse de l'enregistrement vidéo, les tractations entre les personnes mises en cause pour trouver le meilleur moyen de faire chanter M. D..., les appels téléphoniques et les messages adressés à cet effet à ce dernier, les instructions qui lui ont été données pour qu'il trouve un intermédiaire, les rendez-vous fixés à Alger puis à Paris ou encore la rencontre organisée avec M. X... à Clairefontaine. Selon la chambre de l'instruction, il s'agit là d'agissements étroitement liés les uns aux autres accomplis dans le dessein unique d'obtenir la remise de fonds par M. D.... Elle souligne par ailleurs que "*les laps de temps plus ou moins longs entre chaque élément de l'infraction ne sauraient s'assimiler à des désistements de la part des mis en cause dès lors qu'il ressort clairement de la procédure et notamment des écoutes et transcription de SMS que les malfaiteurs avaient, tout au long de la procédure, un plan très abouti pour parvenir à la remise de fond par M. D...*".

Ayant rappelé cet enchaînement, elle retient que le policier qui a tenu le rôle d'intermédiaire "*s'est inséré dans [un] processus infractionnel indivisible*" caractérisant une tentative de chantage "*et n'a en aucune manière provoqué les malfaiteurs à la commission de l'infraction*". Selon elle, l'intervention du policier a seulement permis la constatation de celle-ci.

3.2.2.3.- Critique des demandeurs et appréciation

Il ne fait pas de doute et n'est d'ailleurs pas discuté que la tentative de chantage était caractérisée lorsque le policier est intervenu. Aux termes de l'article 312-10 du code pénal, "*le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque*". L'infraction, instantanée, est consommée par l'obtention de la contrepartie attendue. La menace de révélation en constitue le commencement d'exécution au sens de l'article 121-5 du code pénal et caractérise donc la tentative, laquelle est spécialement incriminée à l'article 312-12 du même code. La Chambre criminelle le juge avec constance

depuis que le délit a été introduit dans notre droit en 1863⁴⁴.

Il en résulte que la menace de révélation de la vidéo à caractère sexuel dénoncée par M. D... dans sa plainte sous la qualification de *“tentative d’extorsion de fonds”* s’analysait en une tentative de chantage punissable. Dès lors, pour reprendre les termes des arrêts de la Chambre criminelle et de la Cour de Strasbourg, il y avait bien activité délictueuse préexistante à l’intervention du policier, exclusive de toute provocation à la commission de l’infraction. On ne voit pas en effet comment soutenir que le policier s’est livré à une telle provocation alors que, lors son intervention, l’infraction était déjà entrée dans sa phase d’exécution. Le cas de figure se rapproche de ceux, relatifs à des faits de corruption, dont les deux juridictions ont eu à connaître et que nous avons évoqués⁴⁵.

A la seconde branche de leur moyen, les demandeurs contestent cette analyse en soutenant que *“chacun des actes matériels”* dont l’enchaînement a été relevé par la chambre de l’instruction, *“s’analyse comme un commencement d’exécution et donc autant de tentatives de chantage, autonomes et distinctes les unes des autres”*. Cela revient à soutenir que le policier aurait provoqué plusieurs tentatives de chantage successives.

Cette argumentation repose sur une analyse théorique de la tentative, développée par les demandeurs dans leur mémoire. Selon eux, la tentative est *“pleinement consommée dès lors qu’est caractérisé un acte qui tend à la commission de l’infraction avec intention de la commettre et qui n’est pas suivi d’effet”*. Ils en déduisent que, dès l’accomplissement d’un acte matériel s’analysant en un commencement d’exécution, la tentative se trouve consommée de sorte que l’accomplissement d’un nouvel acte tendant à l’exécution de l’infraction ne peut que s’analyser en une nouvelle tentative. Autrement dit, si les demandeurs ne discutent pas que le chantage puisse être regardé comme un délit complexe constitué d’un ensemble d’actes matériels indivisibles inspirés par une même intention et tendant au même but, ils contestent que la tentative du délit puisse être ainsi qualifiée. Selon eux, pris isolément, chacun des actes matériels tendant à l’exécution du délit consomme la tentative.

Il nous semble difficile d’adhérer à ce raisonnement. L’infraction consommée étant précisément celle qui n’est pas simplement tentée, la notion de *“tentative consommée”* prête à confusion. Elle paraît en effet désigner l’infraction commise dans tous ses éléments ce dont il faudrait déduire qu’une tentative consommée n’est plus une tentative⁴⁶. Il est certes possible d’affirmer qu’une tentative est *“caractérisée”* ou encore, pour reprendre les termes de l’article 121-5 du code pénal, *“constituée”* dès l’accomplissement de l’acte s’analysant en un commencement d’exécution. Mais on ne peut affirmer, en la traitant comme une infraction autonome, qu’elle serait alors *“consommée”* de sorte que tout nouvel acte de même nature ne pourrait s’analyser qu’en une nouvelle tentative. Le commencement d’exécution marque, instantanément, le début de la tentative mais celle-ci demeure en cours tant que l’infraction n’est pas consommée. La tentative peut donc être constituée par l’accomplissement, sur une période plus ou moins longue, d’actes successifs constitutifs d’un commencement d’exécution menant sans solution de continuité à la commission de l’infraction.

⁴⁴ v. pour quelques arrêts anciens : Crim. 18 avr. 1885, Bull. n° 116 ; Crim. 11 avr. 1905, Bull. n° 410 ; Crim. 9 et 30 mars 1916, Bull. n° 59 et 79 ; Crim. 15 mai 1919, Bull. n° 109 (le chantage était alors incriminé à l’article 400 du code pénal) - et pour quelques arrêts récents : Crim., 8 nov. 2011, n° 10-82.021 ; Crim., 28 janv. 2015, n° 14-81.610, Bull. n° 23 ; Crim., 8 sept. 2015, n° 14-83.306 ; Crim., 27 juin 2018, n° 17-84.562

⁴⁵ CEDH, *Blaj c/ Roumanie* préc. ; Crim. 23 nov. 1999, n° 99-82.658, Bull. n° 269, préc.

⁴⁶

“Lorsque la tentative (...) est consommée, il n’y a plus de tentative, celle-ci vient de disparaître et de faire place au crime même. Les mots tentative consommée sont donc synonymes de crime consommé, ou ils impliquent contradiction” écrivait en 1835 J.J. Haus, dans ses *“Observations sur le projet de révision du code pénal belge”*.

Pour que la tentative soit punissable en tant que telle, il importe bien entendu que le processus délictueux révélé par le commencement d'exécution s'interrompe avant d'aboutir à la commission de l'infraction - et donc à sa "consommation" -, sans quoi seule l'infraction consommée peut être réprimée. Il faut en outre que l'interruption du processus ne résulte pas de la volonté libre de l'auteur du commencement d'exécution, la tentative n'étant pas punissable en cas de désistement volontaire⁴⁷. Il s'agit là de règles élémentaires résultant de l'article 121-5 du code pénal aux termes duquel *"la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur"*. Si l'interruption de la tentative ne procède pas d'un désistement volontaire, son auteur est traité comme l'auteur de l'infraction, conformément à l'article 121-4 du code pénal.

Au cas présent, la seule question pertinente était donc de savoir si le policier n'avait pas empêché un désistement volontaire qui aurait fait obstacle à toute répression ou encore si, après un désistement volontaire, il n'aurait pas relancé le processus délictueux. En effet, un policier qui s'attacherait, par son intervention, à dissuader l'auteur des faits de se désister alors que l'infraction est encore dans son commencement d'exécution ou qui, après désistement volontaire, inciterait l'intéressé à reprendre son projet délictueux devrait être regardé comme ayant provoqué à la commission de l'infraction.

En l'espèce, une telle analyse supposerait que le silence gardé à certains moments par le maître chanteur présumé soit considéré comme l'expression de sa volonté de se désister, volonté qui aurait été alors contrariée par les "relances" du policier. En particulier, il faudrait analyser ainsi le silence du correspondant du policier entre le 20 juin et le 15 juillet 2015, silence auquel le policier a mis fin en prenant l'initiative de l'appeler. C'est ce que suggèrent les demandeurs à la première branche du moyen lorsqu'ils évoquent les conversations entretenues "à l'initiative" du policier au nombre des circonstances susceptibles de caractériser la violation du principe de loyauté des preuves.

Toutefois, la chambre de l'instruction a écarté un tel scénario en énonçant de la manière la plus claire que *"les laps de temps plus ou moins longs entre chaque élément de l'infraction ne sauraient s'assimiler à des désistements de la part des mis en cause dès lors qu'il ressort clairement de la procédure et notamment des écoutes et transcription de SMS que les malfaiteurs avaient, tout au long de la procédure, un plan très abouti pour parvenir à la remise de fond par M. D..."*. De ces motifs, qui procèdent de son appréciation souveraine des faits de la cause et dont il ressort que l'intervention du policier s'est inscrite dans un processus délictueux qu'elle n'a pas déterminé, la chambre de l'instruction a pu déduire l'absence de provocation à la commission de l'infraction. Il ne revient pas à la Cour de cassation de substituer son appréciation à celle des juges du fond en se livrant à un contrôle approfondi des propos et agissements des protagonistes tels qu'ils résultent des actes de la procédure. Le contrôle que vous exercez sur la qualification qui leur a été appliquée s'apparente à celui de "l'erreur manifeste d'appréciation" ainsi que cela est indiqué au rapport annuel dans la notice consacrée à l'arrêt de l'Assemblée plénière déjà évoqué du 10 novembre 2017⁴⁸. Au cas présent, à la lumière de l'enchaînement des faits exposé par l'arrêt attaqué, une telle erreur ne peut être relevée.

Nous ajouterons que les initiatives prises par le policier pour reprendre contact avec son correspondant se comprennent aisément en pareilles circonstances. La maîtrise du temps ne peut en effet être abandonnée au maître chanteur présumé. Il faut agir au plus vite non seulement pour l'identifier mais également pour écarter l'épée de Damoclès que constitue, pour la personne victime d'un chantage, la menace de la révélation. Laisser le silence s'installer, c'est

⁴⁷ Crim. 20 mars 1974, n° 73-92.699, Bull. n° 124

⁴⁸ Rapp. C. Cass. 2017, p. 134

laisser s'installer la menace. Le moyen ne peut donc qu'être écarté en ce que les demandeurs y font valoir que la chambre de l'instruction aurait du reconnaître l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction..

3.3.- Question de la provocation déloyale à la preuve

3.3.1.- Recevabilité du moyen en sa première branche

A la première branche du moyen, après avoir rappelé "*que porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de la force publique*", les demandeurs soutiennent que la chambre de l'instruction a violé ce principe en écartant leur moyen de nullité. Reprenant les termes de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juillet 2017, ils énumèrent un certain nombre de circonstances résultant des pièces de la procédure et de l'arrêt attaqué caractérisant, à leurs yeux, l'atteinte au principe précité. Ils relèvent, en premier lieu, que, sur instructions du procureur de la République, un commissaire de police s'est substitué à M. D... dans les négociations avec les auteurs des infractions supposées, en deuxième lieu, qu'en se faisant passer pour «Lukas», le policier a entretenu des conversations avec ces derniers entre le 20 juin 2015 et le mois d'octobre de la même année, à plusieurs reprises à son initiative, et, enfin, que ces conversations ont conduit à l'interpellation des personnes mises en cause.

Si, comme peuvent le laisser penser les développements du mémoire, cette argumentation doit être entendue exclusivement comme tendant à mettre en évidence une provocation à la commission de l'infraction, elle doit être écartée. Une telle provocation est en effet exclue pour les motifs qui ont déjà été exposés tenant à l'absence de rôle causal de l'intervention policière dans la commission des faits délictueux. On ne voit pas en quoi les circonstances évoquées à la première branche du moyen seraient de nature à modifier cette analyse.

Il se peut cependant que les demandeurs aient entendu faire valoir devant vous qu'au-delà de la provocation à la commission de l'infraction, le policier agissant sur les instructions du procureur de la République aurait usé d'un procédé portant atteinte au principe de loyauté des preuves pour établir l'existence du délit et en identifier les auteurs. A la première branche du moyen, les demandeurs critiqueraient alors, non une provocation - par nature déloyale - à la commission de l'infraction mais une "provocation à la preuve" qui, selon eux, devrait être tenue pour déloyale en raison du procédé utilisé. Cette analyse paraît plus conforme au sens de l'arrêt de la Chambre criminelle dont les demandeurs se sont largement inspirés pour bâtir la première branche de leur moyen⁴⁹.

Mais s'il était ainsi entendu, le moyen en sa première branche devrait, à notre sens, être déclaré irrecevable comme nouveau et mélangé de fait, dès lors qu'à aucun moment MM. X... et Y... n'ont soutenu devant la chambre de l'instruction qu'aurait été mis en oeuvre un stratagème tendant, non à provoquer à la commission de l'infraction, mais à constater celle-ci et en identifier les auteurs dans des conditions de nature à porter atteinte au principe de loyauté des preuves. A fortiori n'ont-ils pas exposé en quoi aurait consisté ce stratagème et, moins encore, en quoi la recherche des preuves se serait trouvée viciée. Dès lors, nous ne voyons pas comment la chambre de l'instruction pourrait être censurée pour n'avoir pas examiné une question qui ne lui était pas soumise. Certes, la provocation à la commission de l'infraction et la provocation

49

On notera toutefois que le sens et la portée de l'arrêt ne sont pas apparus clairement aux commentateurs, certains y ayant vu la sanction d'une provocation à la commission de l'infraction (v. J.-B. Perrier, obs. préc. ; A.-S. Chavent-Leclère, obs. préc.) et d'autres la sanction d'une provocation déloyale à la preuve (v. par ex. A. Maron et M. Haas, obs. préc.)

déloyale à la preuve sont, l'une et l'autre, des atteintes au principe de loyauté des preuves. Mais, sous cette commune qualification, il s'agit d'atteintes très différentes portées à ce principe et l'on ne saurait considérer qu'invoquer l'une imposerait à la juridiction d'envisager l'autre.

3.3.2.- Bien-fondé du moyen en sa première branche

Si vous admettiez néanmoins la recevabilité du moyen en sa première branche, il nous semble qu'en cette même branche, il devrait également être écarté comme mal-fondé.

Reprenant une formule adoptée par la Chambre criminelle, l'Assemblée plénière a posé en principe dans son arrêt du 6 mars 2015 que *“porte atteinte au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique”*⁵⁰. Il faut bien mesurer la portée de ce principe.

A elle seule, l'utilisation d'un stratagème pour la constatation des infractions et l'identification de leurs auteurs ne constitue pas une atteinte au principe de loyauté des preuves. Cela est évident lorsque le stratagème est expressément prévu par la loi. Ainsi en est-il, par exemple, de celui, déjà évoqué, que constitue l'infiltration régie par les articles 706-81 à 706-87 du code de procédure pénale ou l'enquête sous pseudonyme désormais régie par l'article 230-46 du même code. Mais, de manière plus générale, même en l'absence d'encadrement légal, le recours à la ruse, à la dissimulation ou à un procédé quelconque permettant l'accomplissement d'actes à l'insu de la personne concernée, n'emporte pas en soi une atteinte au principe de loyauté des preuves. Il est en réalité dans la nature même des investigations de police judiciaire d'être discrètes pour ne pas dire clandestines. C'est une condition de leur efficacité. Le cas échéant, les procédés clandestins mis en oeuvre pourront être tenus pour inconvencionnels parce que, portant atteinte à un droit fondamental comme le droit à la vie privée, ils ne font l'objet d'aucun encadrement légal. Il en a été jugé ainsi, par exemple, pour les écoutes téléphoniques, la sonorisation ou la géolocalisation avant que ces mesures ne soient encadrées par la loi⁵¹. Mais l'illégalité - au sens large - qui est alors sanctionnée est indépendante de toute déloyauté. En l'espèce, le débat ne porte pas sur l'insuffisance de l'encadrement légal, dont il n'est pas discuté qu'il ne s'imposait pas, mais bien sur le caractère déloyal du procédé⁵². Comme l'a relevé un auteur, *“le principe de loyauté des preuves permet [précisément] au juge de dégager le bon grain de l'ivraie parmi les différentes techniques d'investigation praeter legem qui lui sont soumises”*⁵³.

Pour qu'il y ait atteinte au principe de loyauté, il est nécessaire que le stratagème mis en oeuvre ait eu pour objet ou pour effet de vicier la recherche des preuves selon la formule déjà citée de l'Assemblée plénière, ou encore, selon celle de nombre d'arrêts de la Chambre criminelle, *“d'éluder”* une règle de procédure, le plus souvent l'un des droits constitutifs du procès équitable.

⁵⁰ Ass. Plén. 6 mars 2015, préc.

⁵¹ CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, n° 11105/84 et 11801/85 ; CEDH 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, n° 59842/00 ; CEDH 20 déc. 2005, *Wisse c/ France*, n° 71611/01 ; CEDH, 8 févr. 2018, *Ben Faiza c/ France*, n° 31446/12

⁵²

La Chambre criminelle admet ainsi en dépit de l'absence d'encadrement légal le recours aux filatures, y compris à l'aide d'instruments d'observation (Crim. 4 févr. 1991, n° 90-81.370 ; Crim. 4 juin 1991, n° 91-81.682 ; Crim. 11 mai 1993, n° 93-80.932 ; Crim. 23 août 1994, n° 93-84739, Bull.n° 291) et aux indicateurs (Crim. 15 févr. 1988, 87-80214, Bull. n° 73), les enregistrements sonores ou vidéos, ne portant pas atteinte à l'intimité de la vie privée (Crim. 18 juin 2019, n° 18-86.421, P.), l'écoute de propos par des policiers dissimulés (Crim. 22 avr. 1992, n° 90-85.125, Bull. n° 169) etc. Quant à elle, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment jugé que la circonstance qu'une infiltration soit mise en oeuvre malgré l'absence d'encadrement par la loi n'emportait pas la violation de l'article 6 CESDH (CEDH, 23 oct. 2018, *Guerni c/ Belgique*, n° 19291/07).

⁵³ B. de Lamy, *De la loyauté en procédure pénale - Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale*, in Mélanges Pradel, Cujas 2006, p. 97

La déloyauté consiste donc en la mise en oeuvre de procédés ayant pour objet de neutraliser la garantie des droits, le cas échéant en occultant sa violation sous les apparences de la légalité. L'esprit de la loi - ses objectifs, sa raison d'être, les principes qui la fondent -, sinon sa lettre, doit avoir été méconnu⁵⁴. A défaut, il n'y a pas lieu à annulation⁵⁵. On distingue en doctrine au sein des procédés déloyaux entre le "détournement" et le "contournement" de la procédure - encore que le détournement d'une règle tende le plus souvent au contournement d'une autre⁵⁶. Dans le premier cas, les enquêteurs appliquent les règles de procédure à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été conçues et, dans le second, ils se placent délibérément et artificiellement hors du cadre procédural pertinent, voire hors de tout cadre procédural pour éluder la règle normalement applicable⁵⁷. Dans tous les cas, une illégalité procède d'une "machination", d'un "artifice" ou d'un "stratagème" pour reprendre les termes des arrêts de la Chambre criminelle. La déloyauté apparaît ainsi comme une manière spécifique de commettre une illégalité, conférant au manquement une dimension morale ou déontologique. Il en résulte qu'un stratagème n'est pas, par lui-même, déloyal. Sa déloyauté ne peut être appréciée indépendamment de ses effets sur la règle de procédure.

Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt déjà cité de votre Assemblée plénière du 6 mars 2015, deux personnes en garde à vue avaient été placées dans des cellules contiguës préalablement sonorisées. L'objet du dispositif était de susciter des échanges verbaux et de les enregistrer à l'insu des intéressés pour les utiliser comme preuve. Vous avez jugé qu'un tel dispositif constituait un "*procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable*". Considérées séparément, les mesures en présence - la garde à vue et la sonorisation - étaient régulières, mais leur combinaison aboutissait à les détourner de leur objet pour obtenir des déclarations qui auraient dû normalement être recueillies dans le cadre des dispositions protectrices relatives à l'audition des personnes en garde à vue.

Ce sont encore les droits de la défense, notamment le droit de se taire, qui se trouvent éludés lorsqu'un policier enregistre de manière clandestine les propos qui lui sont tenus par une personne suspecte⁵⁸ ou lorsque ces propos sont tenus par celle-ci à un tiers auquel le policier dicte les questions avant d'enregistrer les réponses⁵⁹ ou encore lorsque le policier transcrit, contre le gré de l'intéressé, des propos qui lui sont tenus officieusement par lui⁶⁰ ou entend une

⁵⁴ v. Ph. Conte, *La loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse*, Procéd. 2015, dossier 12, pour qui la loyauté "*fait référence à une sorte d'esprit de la procédure*".

⁵⁵ par ex. Crim. 9 avr. 2015 n°14-87.660, B. n° 76, 1^{er} moyen

⁵⁶ v. par ex. : C. Ribeyre, *Quand la loyauté rime avec imprévisibilité*, JCP 2017, 1376 ; O. Decima, *Vers une définition de la loyauté de la preuve en matière pénale ?* JCP G 2015, 789 ; Ibid. *De la loyauté de la preuve et de ses composantes*, Rec. Dall. 2018, p. 103

⁵⁷ v. pour un panorama des décisions ayant affirmé le principe : P. Lemoine, *La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle)*, rapp. C. Cass. 2004, p. 165

⁵⁸ Crim..16 déc. 1997, n° 96-85.589, Bull. n° 427

⁵⁹

Crim. 12 juin 1952, Bull. n° 153, arrêt *Imbert* considéré comme l'un des tout premiers sanctionnant la déloyauté dans la recherche des preuves si l'on fait abstraction de l'arrêt *Wilson* du 31 janvier 1888 qui avait été rendu à l'encontre d'un juge d'instruction par la Cour de cassation statuant comme Conseil de la magistrature. Un peu plus de cinquante ans plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme a également sanctionné l'instrumentalisation d'un tiers - codétenu de la personne suspecte - pour recueillir des aveux : CEDH 5 nov. 2002, *Allan c/ Royaume-Uni*, n° 48539/99

⁶⁰ Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, Bull. n° 102

personne sous hypnose, fût-ce avec son consentement⁶¹. Le policier contourne alors, dans tous ces cas, les règles protectrices des droits de la personne durant ses auditions.

Le procédé déloyal peut tendre toutefois à éluder d'autres règles de procédure que celles constitutives du procès équitable, telles les règles assurant la protection de la vie privée. Il peut ainsi consister à se placer faussement dans le cadre des dispositions relatives à la criminalité organisée pour permettre la mise en oeuvre des mesures coercitives ou intrusives prévues par le législateur pour lutter contre celle-ci⁶² ou encore à mettre à profit une perquisition à seule fin d'installer, dans les locaux qui en sont l'objet, un dispositif de sonorisation⁶³. Dans ces deux cas, il y a détournement de procédure. L'élusion des règles protectrices de la vie privée peut également résulter de leur contournement par un procédé tendant à placer les investigations en dehors de tout cadre légal. Il en est ainsi lorsque, pour échapper aux règles encadrant certains actes d'investigation, les enquêteurs font effectuer ces actes par des tiers⁶⁴. A titre d'exemple, les dispositions régissant la mesure attentatoire à la vie privée que constitue la sonorisation se trouvent éludées par l'enregistrement clandestin de conversations effectué par un particulier sous l'égide d'un enquêteur⁶⁵.

Au cas présent, les enquêteurs, agissant sous la direction du procureur de la République, ont indiscutablement eu recours à un "stratagème". En effet, comme cela est rappelé au moyen, sur les instructions du magistrat, un commissaire de police a mené, comme représentant de M. D..., les négociations avec les auteurs des infractions supposées en usant d'un pseudonyme. Ce stratagème a permis l'interpellation des personnes mises en cause. Il ne saurait cependant être regardé comme déloyal.

Le procédé évoque l'infiltration dans la mesure où il s'agit de permettre à un policier d'user d'un pseudonyme pour entrer en relation avec l'auteur présumé d'une infraction. Il s'en distingue néanmoins sur un point essentiel. Dans l'infiltration, l'enquêteur *se fait passer, auprès des personnes suspectes, comme l'un de leurs coauteurs, complices ou receleurs*. Ici le policier se présente comme le représentant de la victime. Il en résulte deux conséquences qui justifient d'ailleurs l'absence d'encadrement légal. D'abord, en se plaçant du côté de la victime, le policier n'est pas conduit à commettre des actes illicites. Or, l'une des raisons d'être du dispositif législatif encadrant l'infiltration est d'exonérer les agents infiltrés de toute responsabilité pénale en justifiant leur action par la permission de la loi. Ensuite, la dissimulation est de moindre portée. Dans un cas, la personne suspecte pense avoir affaire à un comparse ou un alter ego. Dans l'autre, si elle ignore la qualité d'enquêteur de son interlocuteur, la personne suspecte sait qu'il a des intérêts opposés aux siens puisqu'il apparaît comme le mandataire de la victime, partie poursuivante en puissance. A cet égard, un échange entre "Lukas" et son correspondant, reproduit dans l'arrêt attaqué, est éloquent. Le présumé maître chanteur, évoquant ses commanditaires, tient à "Lukas" les propos suivants : "*eux ils te font pas confiance ! Ils te font pas*

⁶¹ Crim. 12 déc. 2000, n° 00-83.852, Bull. n° 369

⁶² Crim. 18 juin 2019, n° 19-80.015, P.

⁶³ Crim. 15 févr. 2000, n° 99-86.623, Bull. n° 68

⁶⁴

Selon une jurisprudence constante de la Chambre criminelle, les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par un particulier au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, le principe de légalité dans la recherche des preuves ne s'imposant qu'aux investigations conduites par les agents de l'autorité publique. Les enquêteurs ne sauraient, pour éluder ce principe, faire effectuer des investigations par des particuliers.

⁶⁵

Crim. 20 sept. 2016, n° 16-80.820, Bull. n° 244 ; Ass. Plén. 10 nov. 2017, préc. rendu dans la même affaire, énonçant en creux la même règle mais approuvant la chambre de l'instruction d'avoir estimé que les enquêteurs n'étaient pas intervenus, même indirectement, pour favoriser les enregistrements.

confiance". Le policier répond alors : "*mais ça, c'est normal qu'ils me fassent pas confiance!*" On ne saurait mieux dire. En réalité, il n'y a pas de tromperie sur l'essentiel. C'est bien le représentant de la victime que le maître chanteur a en face de lui. Ses propos sont ceux que la victime elle-même aurait pu lui tenir au cours des négociations, le cas échéant sur les conseils des enquêteurs.

Cette observation conduit à considérer d'emblée avec une certaine circonspection la critique tirée de la violation du principe de loyauté des preuves. Il paraît en effet quelque peu présomptueux, naïf ou illusoire de la part de l'auteur d'une tentative de chantage d'attendre de sa victime qu'elle fasse preuve de loyauté à son égard. Cela reviendrait à exiger d'elle qu'elle ménage la quiétude de son agresseur en l'assurant de sa parfaite collaboration.

Pour que le procédé puisse être regardé comme portant atteinte au principe de loyauté des preuves, il faudrait démontrer qu'il a eu pour effet "*d'en vicier la recherche*". Or, on ne voit pas en quoi pourrait consister le vice. Pour le dire autrement, on ne voit pas quel droit aurait été éludé par la mise en oeuvre du procédé contesté. En tout cas, les demandeurs ne l'indiquent pas.

Le fait que le procédé ait été mis en oeuvre sur les instructions du procureur de la République apparaît au contraire comme une garantie, le contrôle de l'autorité judiciaire étant ainsi assuré. Par ailleurs, en lui-même, le fait, pour un enquêteur de dissimuler sa qualité en usant d'un pseudonyme n'emporte aucune conséquence sur les droits de la personne. Cette manière de procéder a été admise par la Chambre criminelle en matière d'infiltration puis d'enquête sous pseudonyme avant que ces techniques d'investigation ne soient consacrées par le législateur⁶⁶. Elle a également été admise par elle dans un cas où des agents de l'office central de lutte contre le travail illégal s'étaient fait passer pour les éventuels acquéreurs de locaux auxquels ils avaient eu ainsi accès⁶⁷ et dans un autre où des enquêteurs s'étaient fait passer pour les éventuels acquéreurs du véhicule d'une personne soupçonnée de vols avec arme pour pouvoir l'interpeller⁶⁸. Comme nous l'avons dit, il est en réalité dans la nature même des investigations de police judiciaire d'être conduites de manière dissimulée.

En tout état de cause, il ne peut être soutenu qu'en procédant comme il l'a fait, le policier aurait éludé les droits de la défense, plus spécialement le droit de se taire. Ce droit est proclamé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶⁹ et la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures⁷⁰. S'il n'est pas expressément prévu dans la CESDH, la Cour de Strasbourg en a consacré l'existence dans une longue suite d'arrêts, y voyant une composante essentielle du droit au procès équitable proclamé à l'article 6 de la Convention⁷¹. Le respect du droit de se taire commande de notifier à la personne soupçonnée,

⁶⁶ Crim. 9 juin 1993, 93-8054 (infiltration) ; Crim. 25 oct. 2000, n° 00-80.829, Bull. n° 317 (enquête sous pseudonyme).

⁶⁷ Crim. 10 mai 2011, n° 10-87.475

⁶⁸ Crim. 15 déc. 2015, n° 14-87.935 et 15-84.373

⁶⁹ article 14 sous g)

⁷⁰ Directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures, article 3, paragraphe 2 sous e)

⁷¹ v. not. CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, n° 10588/83 ; CEDH, 8 févr. 1996, *Murray c/ R-U*, n° 18731/91 ; CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ R-U*, n° 19187/91 ; CEDH, 3 mai 2001, *JB c/ Suisse*, n° 31827/96 ; CEDH, 11 juill. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, n° 54810/00 ; CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran c/ R-U*, nos 15809/02 et 25624/02 ; CEDH GC, 13 sept. 2016, *Ibrahim et a. c/ R-U*, n°s 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09

avant toute audition, qu'elle peut garder le silence. Il s'agit de prévenir ainsi toute auto-incrimination. Au cas présent, il n'est pas allégué et encore moins établi qu'à l'occasion des négociations menées par lui, le policier agissant sous un pseudonyme, aurait procédé à quelqu'audition déguisée. En prenant le rôle de représentant de la victime, il s'est seulement mis en situation de suivre le processus délictueux afin d'en identifier les participants et d'y mettre un terme.

Au demeurant, si vous considérez que le fait, pour un policier, d'entrer en relation avec un délinquant présumé en se faisant passer pour la victime ou en prenant le rôle d'un représentant de celle-ci est une manière de contourner le droit de se taire, vous seriez conduit à adopter la même solution lorsque, en application des dispositions relatives à l'infiltration ou à l'enquête sous pseudonyme, le policier se fait passer pour un délinquant pour entrer en relation avec les auteurs ou complices présumés d'une infraction. Ces dispositions devraient alors être écartées comme étant contraires aux stipulations conventionnelles proclamant ce droit fondamental. Outre qu'elle serait très inopportune, pour ne pas dire dévastatrice, une telle solution serait sans fondement. En effet, dans ses très nombreux arrêts portant sur la conformité aux exigences de l'article 6 de la CESDH des agissements de policiers infiltrés, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais retenu que de tels agissements emporteraient une violation du droit de se taire.

Il n'est pas davantage possible de soutenir - et n'est d'ailleurs pas allégué - que le procédé aurait permis de contourner de quelque façon l'application des dispositions législatives encadrant les atteintes à la vie privée que constituent la sonorisation ou l'interception des correspondances. A cet égard, la présente affaire se présente de manière très différente de celle ayant donné lieu à l'arrêt de votre formation plénière du 10 novembre 2017. La question était alors de savoir si la victime, qui négociait elle-même avec les maîtres chanteurs présumés, avait agi à l'instigation des policiers en procédant à l'enregistrement clandestin de ses conversations. Dans l'affirmative, le procédé aurait dû être regardé comme déloyal en ce qu'il aurait eu pour objet ou pour effet de tourner les dispositions régissant la sonorisation lorsqu'elle est mise en oeuvre à l'initiative des enquêteurs. Au cas présent, c'est le policier lui-même qui, en lieu et place de la victime, a mené les négociations sans aucun dispositif de sonorisation. La circonstance que certaines de ses conversations téléphoniques avec le maître chanteur présumé aient fait l'objet d'interceptions n'appelle aucune critique dès lors que la légalité de ces interceptions n'est pas contestée. La combinaison d'une intervention policière sous pseudonyme et d'une écoute téléphonique ne constitue pas en soi un procédé déloyal⁷². Au demeurant, dans leur argumentation, les demandeurs ne font pas état de cette circonstance, évoquée incidemment par la Chambre criminelle dans son arrêt de cassation.

Nous achèverons ces développements par quelques considérations de nature moins juridique. Dans son *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, René Garraud qualifie le chantage d'"*acte aussi odieux que lâche*" et, en 1863, dans son rapport au Corps législatif, la commission des lois, qui avait proposé d'introduire l'incrimination, stigmatise des "*hommes assez vils pour profiter de la connaissance qu'ils ont de (certains) secrets et pour menacer de les dénoncer ou de les répandre si on ne consent pas à acheter leur silence*" ou encore "*qui arrachent à la faiblesse ou à la peur la rançon d'une calomnie dont ils promettent de s'abstenir*". Elle voit dans le chantage "*une extorsion à l'aide d'une contrainte morale*". Tout l'objet du maître chanteur est en effet de tirer le meilleur parti du désarroi de sa victime, de l'isoler pour la maintenir sous son emprise. Pour rééquilibrer le rapport de force, briser cet isolement et porter assistance à la victime, il est indispensable que les enquêteurs disposent d'une grande latitude, qu'ils puissent surveiller les négociations et, le cas échéant, y intervenir pour le compte de la victime. Cela n'aurait sans doute souffert aucune discussion s'il s'était agi de démasquer des malfaiteurs

⁷² Cette combinaison se retrouve, par exemple, dans l'affaire *Blaj c/Roumanie* que nous avons évoquée et n'a donné lieu alors à aucune critique.

réclamant le versement d'une rançon en échange de la libération d'un otage⁷³.

4.- Conclusion

Pour conclure, nous vous proposons de rejeter le pourvoi de M. Z... après avoir, d'une part, déclaré irrecevables son mémoire personnel complémentaire ainsi que ses moyens de cassation en tant qu'ils reprochent à la chambre de l'instruction de n'avoir pas fait droit à ses moyens de nullité et, d'autre part, écarté son moyen tiré de ce que les énonciations de l'arrêt attaqué auraient méconnu son droit au respect de la présomption d'innocence. De même, le rejet des pourvois de MM. X... et Y... nous paraît s'imposer. Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs dans leur unique moyen de cassation, la chambre de l'instruction a exposé les faits et circonstances dont elle a pu déduire sans insuffisance ni contradiction qu'en l'état des agissements délictueux préexistants, le policier n'avait pas provoqué à la commission de l'infraction. Par ailleurs, à supposer qu'il soit recevable en tant qu'il fait valoir qu'au-delà de toute provocation à l'infraction, la recherche des preuves se serait trouvée viciée par le procédé utilisé, le moyen devrait également être écarté de ce chef, dès lors qu'il n'est ni établi ni même allégué que le procédé litigieux aurait eu pour objet ou pour effet d'éluder les droits des intéressés. Pour reprendre la formule du doyen Carbonnier, appliquée par lui au procès civil mais que l'on peut transposer au procès pénal "*si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas*"⁷⁴.

Nous concluons en conséquence au rejet des pourvois.

⁷³ Faits réprimés par l'article 224-4 du code pénal

⁷⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis, 26° éd., 1999, n° 188, p. 363

