

ASSEMBLEE PLENIERE DU 9 DECEMBRE 2019

RAPPORT

Rapporteur: PASCALE FONTAINE

Pourvoi n°J 18-86.767

Sur les pourvois formés par M M. A... X..., A... Y..., B... Z...,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris - 3^{ème} section, en date du 8 novembre 2018, qui, sur renvoi après cassation ([Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n°17-80.313](#), Bull. Crim. 2017, n°208) dans l'information suivie contre eux, notamment, des chefs de participation à une association de malfaiteurs, tentative de chantage, complicité de tentative de chantage, a rejeté les demandes d'annulation de pièces de la procédure.

Pourvois : 9 novembre (A. X...) et 12 novembre 2018 (A. Y... et B... Z...)

Devant la Chambre criminelle, avant renvoi en Assemblée plénière :

La SCP Spinosi et Sureau s'est constituée le 21 novembre aux intérêts de A... X... et de A... Y....

M. B... Z... a déposé un mémoire personnel le 22 novembre 2018. Il en a déposé un second le 12 décembre 2018.

Le 4 décembre, la SCP Ricard, Bendel-Vasseur et Ghnassia s'est constituée en demande pour M. B... Z....

Le 14 décembre 2018, la SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre s'est constituée en défense aux intérêts de la Fédération française de football.

Le 16 novembre 2018 la SCP Lyon-Caen et Thiriez s'est constituée en défense pour M. C... D....

Le 4 février 2019, la SCP Spinosi et Sureau a déposé un mémoire ampliatif pour MM X... et Y....

Le 4 février 2019, la SCP Ricard, Bendel-Vasseur et Ghnassia a déposé un mémoire ampliatif pour M. Z....

Le 25 février 2019, la SCP Lyon-Caen et Thiriez a déposé un mémoire en défense pour M. C... D....

La SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre n'a pas déposé de mémoire en défense au soutien des intérêts de la Fédération française de football.

Par ordonnance du 14 janvier 2019, le président de la chambre criminelle a joint les pourvois et prescrit leur examen immédiat.

Par arrêt du 19 juin 2019, la chambre criminelle a décidé du renvoi de l'affaire en Assemblée plénière de la Cour de cassation

Plan

I - Rappel des faits et procédure	<i>page 3</i>
II - Présentation succincte des moyens des pourvois	<i>page 5</i>
III - Les questions de procédure	
A. Le pourvoi de MM. X... et Y....	<i>page 7</i>
B. le pourvoi formé par M. Z...	<i>page 9</i>
IV - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger	<i>page 12</i>
V - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine	
A. Sur le moyen relatif à la présomption d'innocence	<i>page 12</i>
B. L'infraction de tentative de chantage	<i>page 13</i>
C. La loyauté de la preuve	<i>page 18</i>
1. Droit comparé	<i>page 18</i>
2. Droit des instances judiciaires internationales	<i>page 22</i>
3. Droit civil, administratif ou constitutionnel	<i>page 27</i>
4. Droit pénal français	<i>page 32</i>
5. Le principe de loyauté de la preuve dans la présente affaire.	<i>page 51</i>

I - Rappel des faits et procédure

M. D..., s'estimant victime d'une tentative de chantage après avoir été contacté le 3 juin 2015 par une personne prétendant détenir un enregistrement audiovisuel à caractère sexuel dans lequel il apparaissait, a déposé plainte le 8 juin 2015.

Le plaignant ayant indiqué qu'il ne souhaitait ni ne pouvait entrer lui-même en relation avec les détenteurs de l'enregistrement, un officier de police judiciaire, autorisé par le procureur de la République à se faire passer dans les négociations pour l'homme de confiance du plaignant, a, usant d'un pseudonyme, eu du 20 juin au 12 octobre 2015 plusieurs conversations téléphoniques avec une personne se présentant comme l'intermédiaire des malfaiteurs.

Une information a été ouverte le 31 juillet 2015 et l'enquête a permis d'établir l'existence de cet enregistrement (D 804 - D 1079 - D 1792).

Les principaux protagonistes de l'affaire ont été interpellés le 13 octobre 2015 et six personnes ont été mises en examen, dont :

- M. Z..., le 14 octobre 2015, pour chantage et association de malfaiteurs,
- M. H..., le 16 octobre 2015, pour tentative de chantage en récidive et association de malfaiteurs.

A la suite des investigations, M. X... (D 1734 s) a été mis en examen le 5 novembre 2015 pour association de malfaiteurs et complicité de tentative de chantage ¹.

M. Y... a été mis en examen le même jour pour association de malfaiteurs et complicité de tentative de chantage en état de récidive légale ² (D 1749 s).

1

- s'être rendu complice à CLAIREFONTAINE EN YVELINES, courant octobre 2015, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, d'une tentative d'obtention d'un engagement, d'une signature ou d'un bien quelconque en menaçant de révéler des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, et ce au préjudice de Monsieur D... C..., ladite tentative, manifestée par un commencement d'exécution n'ayant été interrompue ou n'ayant manqué son objet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, en l'espèce la résistance de la victime et l'intervention de la police. faits prévus par ART.312-10 C.PENAL et réprimés par ART.312-10, ART.312-13 C.PENAL et vu les articles 121-42° à 121-7 C.PENAL ;

- avoir à CLAIREFONTAINE EN YVELINES et LYON, courant octobre 2015, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, participé à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un ou plusieurs délits punis de cinq ans d'emprisonnement, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, faits prévus par ART.450-1 AL. 1, AL.3 C.PENAL et réprimés par ART.450-1 AL.3, ART.450-3 C.PENAL.

2

- s'être rendu complice à CLAIREFONTAINE EN YVELINES, courant octobre 2015, en tout cas le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, d'une tentative d'obtention d'un engagement, d'une signature ou d'un bien quelconque en menaçant de révéler des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération et ce au préjudice de Monsieur D... C..., ladite tentative, manifestée par un commencement d'exécution n'ayant été interrompue ou n'ayant manqué son objet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, en l'espèce la résistance de la victime et l'intervention de la police. faits prévus par ART. 312-10 C. PENAL et réprimés par ART. 312-10, ART. 312-13 C. PENAL et vu les articles 121-42° à 121-7 C. PENAL ;

- avoir à CLAIREFONTAINE EN YVELINES ET LYON, courant octobre 2015, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, participé à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation d'un ou plusieurs délits punis de cinq ans d'emprisonnement, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels. faits prévus par ART. 450-1 AL. 1, AL. 3 C. PENAL et réprimés par ART. 450-1 AL. 3, ART. 450-3 C. PENAL.

Par déclarations au greffe en date des 15 avril et 4 mai 2016, les avocats de MM. H..., Y... et X... ont déposé des **requêtes** sur le fondement de l'article 173 du code de procédure pénale **tendant à l'annulation de la procédure en raison (notamment) de la provocation à l'infraction dont ils auraient fait l'objet de la part d'un fonctionnaire de police.**

Par **arrêt du 16 décembre 2016**, la chambre de l'instruction de Versailles a rejeté ces demandes.

MM. Y... et X... ont, chacun, formé un pourvoi contre cette décision.

Par arrêt **en date du 11 juillet 2017 (pourvoi n°17-80.313)**, la **chambre criminelle** a cassé l'arrêt de la chambre de l'instruction de Versailles et a renvoyé l'affaire devant la chambre de l'instruction de Paris.

Elle a statué en ces termes :

“Mais sur le moyen unique de cassation proposé pour M. Y... et sur le premier moyen de cassation proposé par M. X..., pris de la violation du principe de loyauté des preuves, des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

“en ce que la chambre de l'instruction a rejeté le moyen de nullité tiré de l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction ;

“1°) alors qu'en vertu du principe de loyauté de la preuve, toute provocation à la commission d'une infraction est prohibée, l'intervention de l'agent ne pouvant avoir pour effet que de révéler des infractions déjà commises ou en train de se commettre et d'en arrêter la continuation ; qu'en l'espèce, à supposer qu'une tentative de chantage ait déjà été commise le 3 juin 2015, la chambre de l'instruction a constaté qu'un commissaire de police s'était, à partir du 20 juin 2015 et jusqu'au mois d'octobre de la même année, fait passer pour « Lukas », représentant de la partie civile, et avait pris contact avec différentes personnes en vue de les inciter à et a manifestement provoqué la commission de nouvelles infractions du même type ; que, c'est par des motifs erronés que la chambre de l'instruction a considéré, pour écarter le moyen de nullité, que le délit de tentative de chantage est une infraction continue et avait en l'espèce commencé le 3 juin 2015 pour continuer dans le temps jusqu'à l'interpellation du demandeur, lorsque cette infraction est instantanée, et se répète autant de fois que la personne tente d'obtenir un bien en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération ;

“2°) alors qu'en tout état de cause, la chambre de l'instruction, qui constatait que le commissaire de police avait, sous un faux nom, joué le rôle d'un interlocuteur au lieu et place de la partie civile, afin de recueillir la preuve de l'infraction de chantage, ne pouvait écarter l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction sans mieux rechercher le rôle actif joué par ce représentant de l'autorité publique” ;

Vu les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale ;

Attendu 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 ;

Attendu que, pour rejeter les griefs pris de la déloyauté de la procédure, l'arrêt attaqué prononce par les motifs repris aux moyens ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi alors qu'elle a relevé, que, d'une part, le procureur de la République avait donné instruction à un officier de police judiciaire de se substituer à M. D... dans les négociations avec les auteurs de l'infraction supposée, que cet enquêteur avait entretenu plusieurs conversations téléphoniques, tant à son initiative qu'à celle de ces interlocuteurs, notamment avec l'un d'entre eux des mois de juin à octobre 2015, qu'enfin cet officier de police

judiciaire ne s'était identifié au cours de ces communications qu'en qualité de représentant de M. D... et sous le pseudonyme de "Lukas", d'autre part, ces conversations, dont certaines ont fait l'objet d'interceptions, ont conduit à l'interpellation des mis en cause, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;”

Par **arrêt du 8 novembre 2018, la chambre de l'instruction de Paris, cour de renvoi**, a dit les requêtes recevables et, au fond, a dit n'y avoir lieu à annulation de pièces de la procédure.

MM. X..., Y... et Z... ont formé des pourvois.

Par **arrêt du 19 juin 2019**, la chambre criminelle a décidé du renvoi de l'affaire en Assemblée plénière de la Cour de cassation.

II - Présentation succincte des moyens

Le moyen unique de cassation produit au soutien des intérêts de MM. X... et Y... (mémoire de la SCP Spinosi - Sureau)

Il est fait grief à la chambre de l'instruction de *“rejeter le moyen de nullité tiré de la violation du principe de la loyauté des preuves”*, en violation du principe de loyauté des preuves, des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 427, 591 et 593 du Code de procédure pénale alors que :

1°) *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicia la recherche par un agent de la force publique ; qu'en écartant le moyen de nullité, quand il ressort pourtant des pièces de la procédure et de l'arrêt attaqué que, sur instruction du procureur de la République, M. K..., commissaire de police, s'est substitué à M. D... dans les négociations avec les auteurs des infractions supposées, et qu'en se faisant passer pour «Lukas», représentant de la partie civile, il 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, lesquelles ont conduit à l'interpellation des mis en cause, la chambre de l'instruction a violé le principe susvisé ;*

2°) *en vertu du principe de loyauté de la preuve, toute provocation à la commission d'une infraction est prohibée, l'intervention de l'agent ne pouvant avoir pour effet que de révéler des infractions déjà commises ou en train de se commettre et d'en arrêter la continuation ; que c'est par des motifs erronés que la chambre de l'instruction a considéré, pour retenir que l'intervention de l'officier de police judiciaire ne constituait pas une provocation à la commission d'une infraction, que le délit de tentative de chantage est une infraction complexe dont les différents actes matériels, qui la constituent, seraient en l'espèce intervenus entre le 3 juin 2015 et l'interpellation de l'exposant, au mois d'octobre, lorsque chacun de ces actes matériels s'analyse comme un commencement d'exécution et donc autant de tentatives de chantage, autonomes et distinctes les unes des autres.*

Les moyens présentés par M. Z...

1. Les moyens du mémoire personnel déposé le 22 novembre 2018 par M. Z...

Le premier moyen est pris de la violation des articles 706-81 à 706-87 du code de procédure pénale. Il reproche à l'arrêt de ne pas avoir statué sur les questions posées sur l'infiltration alors que le procédé d'enquête utilisé par l'enquêteur, aux termes duquel il s'est substitué à la victime en usant d'un pseudonyme et se faisant passer pour un intermédiaire mandaté par ladite victime, ne peut être appréhendé que comme une opération d'infiltration.

Le deuxième moyen porte sur les mêmes conclusions s'agissant plus précisément de l'application de l'article 706-83 dans le cadre de l'infiltration supposée et de l'absence au dossier d'une autorisation écrite délivrée par le parquet à l'enquêteur.

Le troisième moyen de cassation est pris de la violation du principe de loyauté des preuves, des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 591 et 593 du Code de procédure pénale. Selon ce moyen, la chambre de l'instruction, qui constatait que le commissaire de police avait, sous un faux nom, joué le rôle d'interlocuteur en lieu et place de la partie civile afin de recueillir la preuve de l'infraction de chantage, ne pouvait écarter l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction sans mieux rechercher le rôle actif joué par ce représentant de l'autorité publique.

2. Le mémoire personnel déposé par M. Z... le 12 décembre 2018 fait valoir deux moyens de cassation. Il s'agit des mêmes sujets autrement articulés.

3. Le mémoire déposé par la SCP Ricard

Pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article préliminaire, les articles 450-1, 450-3, 312-10, 312-13 du code pénal, 591 à 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et de réponse à conclusions, manque de base légale, ensemble violation du principe de la loyauté procédurale et des droits de la défense,

En ce que l'arrêt attaqué a rejeté le moyen de nullité tiré de l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction en raison de l'intervention active et déloyale du policier N... K... alias « Lukas » ;

1°) alors 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 ; qu'en l'espèce, il ressort tant des pièces de la procédure que des énonciations de l'arrêt que d'une part, le procureur de la République avait donné instruction à un officier de police judiciaire de se substituer à C... D... dans les négociations avec les auteurs de l'infraction supposée, que cet enquêteur avait entretenu plusieurs conversations téléphoniques, tant à son initiative qu'à celle de ces interlocuteurs, notamment avec l'un d'entre eux des mois de juin à octobre 2015, qu'enfin cet officier de police judiciaire ne s'était identifié au cours de ces communications qu'en qualité de représentant de C... D... et sous le pseudonyme de « Lukas », d'autre part, ces conversations, dont certaines ont fait l'objet d'interceptions, ont conduit à l'interpellation des mis en cause ; qu'une telle participation directe et active de l'autorité publique à l'obtention des preuves vicie la procédure ; que dès lors, en refusant de constater l'atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves, la chambre de l'instruction n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a ainsi violé les textes et principes susvisés ;

2°) alors que la chambre de l'instruction, pour écarter l'atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves, s'est bornée à relever que l'action du commissaire de police s'inscrivait dans le cours de la réalisation de l'infraction instantanée et complexe de tentative de chantage de telle sorte qu'elle ne constituait ni un stratagème ou une machination ayant été de nature à déterminer les agissements délictueux, portant atteinte à la loyauté de la preuve, ni une provocation ayant été de nature à inciter les mis en examen à commettre une infraction qu'autrement ils n'auraient pas commise ; qu'en se prononçant par de un tel motif inopérant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés ;

3°) alors que M. Z... faisait valoir à l'appui de la demande de nullité de la procédure que l'infraction de chantage ne rentre pas dans le champ des infractions pour lesquelles le recours au pseudonyme ou à l'infiltration est possible ; qu'en refusant de prononcer la nullité du procédé utilisé par l'autorité publique, sans répondre à ce moyen péremptoire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés ;

4°) alors que les juges en charge d'examiner les moyens de nullité de la procédure ne peuvent pas se prononcer sur la culpabilité des personnes uniquement mises en examen et non définitivement

jugées ; que dès lors, en faisant référence à la culpabilité de B..... Z..., par l'utilisation d'expressions telles que « le malfaiteur » ou « le maître chanteur », la chambre de l'instruction a entaché sa décision d'une violation de la présomption d'innocence ainsi que des textes et principes susvisés.

III - Les questions de procédure

Le pourvoi de MM. X... et Y... : la recevabilité de la première branche du moyen unique

> Lors du premier pourvoi, les deux requérants excipaient d'une déloyauté de la preuve par la provocation à la commission de l'infraction, en application de la jurisprudence classique.

Dans son arrêt, la chambre criminelle a retenu une violation du principe de la loyauté de la preuve mais sur le terrain de la déloyauté dans l'obtention de la preuve par l'emploi d'un stratagème.

> Il ressort de l'analyse des mémoires déposés par MM. X... et Y... devant la chambre de l'instruction de Paris que tous deux continuaient à invoquer une violation du principe de la loyauté de la preuve en arguant d'une incitation à la commission de l'infraction par une intervention active de la police,³ sans illustrer le "volet" déloyauté dans l'obtention de la preuve par les circonstances de l'espèce.

Ainsi, le premier faisait essentiellement valoir que, *"en définitive, le recours à la ruse ou à un stratagème par un membre de l'autorité publique, ayant pour objet d'inciter à commettre une infraction pour ensuite la reprocher à celui qui l'a commise, est un procédé déloyal"* ; qu' *"il ressort nettement de la procédure qu'un enquêteur, le commissaire K..., s'est fait passer pour un intermédiaire de M. D... nommé « Lukas » et qu'il a positivement déterminé les faits qui sont aujourd'hui l'objet de l'information, ce en dehors de tout, cadre légal et en l'absence de toute garantie"* ; que *"les policiers ne se sont pas contentés de se substituer à la victime en adoptant une attitude passive. Ils ont au contraire activement « démarché » les individus soupçonnés dans l'espoir évident de provoquer un chantage"* ; avant de conclure : *"Au regard de l'ensemble des actes de la procédure, il est manifeste que l'enquêteur «Lukas» ne s'est pas borné à constater l'infraction, non seulement il a eu un rôle actif mais son intervention a été déterminante dans la commission des faits qui sont aujourd'hui l'objet de l'information, «Lukas» n'aura eu de cesse de vouloir pousser «A...», et indirectement l'ensemble des protagonistes, à réclamer une contrepartie et à fixer le montant de cette contrepartie, c'est-à-dire à commettre des faits susceptibles de tomber sous le coup de la qualification de chantage : l'incitation active à la commission de l'infraction est certaine."*

Le dispositif de son mémoire était le suivant :

- Constater l'intervention active et déloyale ayant provoqué la commission de l'infraction présumée par M. K..., alias « Lukas » ;
- Annuler la totalité de la procédure à compter de cette intervention (D42 et suivants) en ce compris la mise en examen de M. X...

Le mémoire déposé au soutien des intérêts du second exposait notamment, sous le titre "Sur l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction entachant la procédure de nullité", que "l'utilisation de la ruse n'est pas illicite quand elle est simplement employée à constater l'infraction; néanmoins le procédé sera jugé illégal lorsqu'il constitue, non plus, seulement une provocation à la preuve, mais également, une provocation à la commission de l'infraction" ; que "il résulte de

Alors que le mémoire déposé par M. H... faisait état d'une "provocation ayant servi à recueillir un élément matériel qui sans cette intervention active n'aurait pas été recueilli" et que l'avocat général concluait "qu'il ne s'agissait ni de provoquer la commission de l'infraction ni de fabriquer une preuve mais d'identifier les auteurs de la tentative de chantage, déjà constituée".

l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation que la loyauté dans l'administration de la preuve de la part des enquêteurs tient au caractère actif ou passif de ces derniers ; que la chambre criminelle a ainsi précisé que, dans la mesure où le recueil des preuves a été obtenu sans actes positifs de l'autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal, ses conséquences restaient régulières et non sujettes à nullité ; que "il résulte de l'ensemble de ces éléments que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la sanction d'un comportement déloyal viciant la recherche de la preuve par un agent de l'autorité publique nécessite une démarche positive de la part de ce dernier et que toute action positive, dès lors qu'elle constitue un stratagème, se trouve, par conséquent, sanctionnée."

Il concluait notamment que "l'attitude de "Lukas" a provoqué la commission de l'infraction de tentative de chantage qui se caractérise par le fait de tenter « d'obtenir en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération (...) .soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque » (Article 312-10 du code pénal) ; que le rôle actif de « Lukas » a nécessairement orienté et vicié la présente procédure, en ce qu'il a provoqué les discussions entretenues avec M. Z... alias « A... », influencé leur contenu, s'est, au cours de celles-ci, montré insistant à aborder l'existence d'une contrepartie, en chiffrer son montant, mais a également posé des ultimatums pour s'assurer que les négociations s'accélérent et aboutissent ; que ce procédé, manifestement déloyal, ne saura être toléré."

Le dispositif était similaire à celui du mémoire de M. X...

> Et la motivation de l'arrêt attaqué, bien qu'ambiguë, semble se référer à la seule question en débat devant elle, celle de la provocation à la commission de l'infraction.

En effet, la rédaction du dernier considérant de l'arrêt attaqué mérite une analyse particulière, dès lors que les deux parties introduites par le "ni..., ni..." visent en réalité toutes deux, avec des mots différents, la provocation à la commission de l'infraction. Ainsi, dans le groupe de mots introduit par le premier "ni", la cour mentionne l'absence de "*stratagème ou de machination de nature à déterminer les agissements délictueux, portant atteinte à la loyauté de la preuve*".

> Le postulat de droit présenté par cette première branche est 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*".⁴

> Dans ses observations en vue de l'audience du 9 mai 2019, le conseil de M. D... souligne que devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris MM. X... et Y... avaient seulement invoqué la provocation à l'infraction et il fait valoir, d'abord, qu'ils ne sont donc pas recevables à invoquer un moyen de nullité nouveau portant sur la provocation à la preuve, ensuite, qu'ils ne l'ont d'ailleurs même pas tenté, leur mémoire devant la Cour portant seulement sur la provocation à l'infraction, sous couvert d'un moyen faisant formellement référence à l'arrêt de cassation du 11 juillet 2017.

Il en conclut que la question de la déloyauté dans l'administration de la preuve ne devrait pas se poser à ce stade de la procédure devant la Cour de cassation.

La question de la recevabilité de cette branche présentée par ces deux demandeurs se pose donc dès lors qu'est irrecevable devant la Cour de cassation un moyen, mélangé de fait, qui n'a pas été débattu devant la juridiction dont la décision lui est déférée.⁵

4

Il s'agit là de la reprise pure et simple du principe énoncé par l'arrêt du 11 juillet 2017 (solution classique : voir jurisprudence exposée ci-après).

5

Devant la chambre de l'instruction, seuls M. H... et l'avocat général évoquaient cette notion, le mémoire déposé pour le premier visant une "provocation ayant servi à recueillir un élément matériel qui sans cette intervention active n'aurait pas pu être produit", et le second écrivant que "il ne s'agissait ni de provoquer la commission de l'infraction

Le pourvoi formé par M. Z...

Tant la recevabilité des mémoires que celle des moyens présentés par M. Z..., voire de son pourvoi, sont critiquées.

Le mémoire en défense de M. D... fait valoir, en premier lieu, que M. Z... n'a pas déposé de requête en nullité devant la chambre de l'instruction de Versailles, en deuxième lieu, qu'il n'a déposé de mémoire que le 22 septembre 2016, soit plus de six mois après sa mise en examen devant la chambre de l'instruction d'origine, en dernier lieu, qu'il n'a pas formé de pourvoi devant la chambre criminelle contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de Versailles du 16 décembre 2016.

Il soutient que la partie qui n'a pas déposé de mémoire en annulation d'actes de la procédure devant la chambre de l'instruction et qui n'a pas formé de pourvoi contre son arrêt n'est pas recevable à contester les actes de procédure devant la cour d'appel de renvoi et à former un pourvoi en cassation contre ce deuxième arrêt ([Crim., 17 juin 2003, pourvoi n° 03-81.936](#)).

Dans ses observations en vue de l'audience du 9 mai 2019, l'**avocat de M. Z...** réplique que :

- il n'est pas contestable que le pourvoi formé le 8 novembre 2018 est recevable : il a fait l'objet d'une ordonnance d'examen immédiat rendue par le président de la chambre criminelle le 14 janvier 2019 ;
- il n'est pas non plus contestable que le mémoire personnel déposé au greffe de la chambre de l'instruction dans le délai de 10 jours du pourvoi comme le mémoire déposé par la SCP Ricard – Bendel-Vasseur – Ghnassia le 4 février 2019 est recevable ;
- la recevabilité du second mémoire personnel est contestée par le défendeur au pourvoi ; toutefois, il fait suite au premier mémoire, lui-même recevable, et doit donc être considéré comme un "mémoire complémentaire" ;
- les moyens qu'ils développent sont les mêmes que ceux contenus dans les requêtes en nullité déposées devant la chambre de l'instruction par MM. H..., Y... et X....

Il fait également valoir que, s'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 annulé ([Crim., 24 mai 2000, pourvoi n°99-87.839, Bull.crim. 2000, n°201](#)), ils doivent pouvoir être repris par l'ensemble des parties, même celles qui n'étaient pas parties devant la Cour de cassation.

Il conclut qu'en toute hypothèse, à supposer que ses moyens soient déclarés irrecevables, l'éventuelle cassation prononcée sur ces mêmes moyens, développés par les autres demandeurs au pourvoi, devra nécessairement profiter à M. Z....

> Sur la recevabilité du pourvoi

- Pour pouvoir former un pourvoi, il faut, sauf exception, avoir été partie à l'arrêt attaqué :
 - [Crim., 26 juin 2018, pourvoi n° 18-80.596](#) ;
 - [Crim., 10 janvier 2018, pourvoi n° 17-83.932](#).
- M. Z... n'avait pas formé de pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de Versailles, n'était pas partie devant la chambre criminelle et l'arrêt de la chambre de l'instruction de Paris le mentionne comme "autre personne mise en examen", après la liste des trois "personnes mises en

examen requérantes”⁶. Il a déposé un mémoire devant cette juridiction.

– pour apprécier la recevabilité de ce pourvoi et notamment l’intérêt de M. Z... à former un tel recours, il convient de se référer aux développements ci-après sur la dernière branche du moyen présenté dans le mémoire de son avocat (la critique tenant à une atteinte à la présomption d’innocence en raison des motifs de l’arrêt attaqué).

> Sur la recevabilité des mémoires personnels

Les deux mémoires transmis à la Cour de cassation par M. Z... sont à l’en-tête d’un avocat au barreau de Paris. Ils sont toutefois signés par l’intéressé.

Le premier a été régulièrement déposé devant la chambre de l’instruction de Paris dans le délai de dix jours de la déclaration de pourvoi.

La recevabilité du second doit être discutée car la possibilité de déposer des mémoires personnels devant la Cour de cassation est strictement délimitée par la loi : c’est ainsi qu’aux termes de l’article 585 du code de procédure pénale, le demandeur condamné pénalement peut transmettre son mémoire directement au greffe de la Cour de cassation. Mais la personne mise en examen ne bénéficie pas de cette dispense lorsqu’elle attaque une décision qui a rejeté une requête en nullité : [Crim., 26 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.963, Bull. crim. 2010, n° 169](#)⁷.

En conséquence, s’il apparaît que le mémoire déposé par M. Z... devant la chambre de l’instruction de Paris dans les dix jours de sa déclaration de pourvoi est recevable, se pose la question de la recevabilité du second mémoire personnel, directement transmis à la Cour de cassation le 12 décembre 2018.

> Sur la recevabilité des moyens présentés par M. Z... (autres que la quatrième branche du moyen présentée par le mémoire de la SCP Ricard)

– Aux termes de l’article 173-1 du CPP⁸, dans sa rédaction applicable, “sous peine d’irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six

⁶ MM. X..., Y... et H....

⁷

Attendu que, par l’arrêt attaqué, la chambre de l’instruction a rejeté la requête en annulation d’actes de la procédure déposée par le mis en examen ; que ce dernier, qui a formé son pourvoi le 26 juillet 2010, a adressé à la Cour de cassation un mémoire personnel parvenu le 30 août 2010 ;

Attendu que ce mémoire, transmis sans le ministère d’un avocat en cette Cour, par le demandeur non pénalement condamné par l’arrêt attaqué, est irrecevable et ne saisit pas la Cour de cassation des moyens qu’il pourrait contenir ; qu’aux termes des articles 584 et 585 du code de procédure pénale, seul le demandeur condamné pénalement a la faculté de transmettre son mémoire directement au greffe de la Cour de cassation, après l’expiration du délai de dix jours suivant la déclaration de pourvoi ;

⁸

Extrait de l’ouvrage de C. Guery, “Droit et pratique de l’instruction préparatoire”, n°733-31 et s. : Le délai de forclusion institué par l’article 173-1 du code de procédure pénale s’applique quel que soit le mode de présentation de la nullité, c’est-à-dire que le demandeur ait présenté une requête ou que, avisé d’une audience en nullité, il ait présenté un mémoire en vertu des dispositions de l’article 174 du code de procédure pénale. Et, lorsque les parties sont forcloses à solliciter l’annulation d’actes, elles ne peuvent demander à la chambre de l’instruction d’annuler d’office les actes contestés : le demandeur qui n’était plus recevable en application des articles 173-1 et 174 du code de procédure pénale à faire état de moyens de nullité de la procédure qu’il n’avait pas soulevés en temps utile devant la chambre de l’instruction, ne saurait être admis à invoquer, devant la Cour de cassation, de tels moyens, pour faire grief à la chambre de l’instruction de ne pas avoir annulé d’office certains actes de procédure en vertu du pouvoir qu’elle tient de l’article 206 du Code de procédure pénale. Il n’importe qu’une requête déposée aux mêmes fins par une autre personne mise en examen ait été déclarée recevable.

mois à compter de la notification de sa mise en examen, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître. Il en est de même s'agissant des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant chacun de ses interrogatoires ultérieurs.”

– Il résulte de l'article 174 du code de procédure pénale qu'en cas de saisine de la chambre de l'instruction par une requête en nullité, il incombe aux parties, y compris celles qui ne sont pas à l'origine de la requête, d'invoquer toutes les causes de nullité.

Et l'article 609-1 du code de procédure pénale limite l'étendue de la saisine de la chambre de l'instruction, lorsqu'elle statue comme juridiction de renvoi après cassation, à la solution du contentieux particulier dont il s'agit (détention provisoire, nullités...).

La Cour de cassation déduit des dispositions combinées de ces deux articles 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 cassé⁹ :

“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 annulé ; que, dès lors, les demandeurs ne sauraient reprocher à l'arrêt de rejeter leurs demandes de nullité fondées sur des moyens qui n'avaient pas été soulevés devant la chambre de l'instruction initialement saisie ; que le moyen est inopérant”¹⁰

– Par ailleurs, le mis en examen qui n'a pas déposé de mémoire devant la chambre de l'instruction et ne s'est pas pourvu contre l'arrêt annulé par la Cour de cassation est sans qualité pour proposer devant la juridiction de renvoi un moyen pris de la nullité de la procédure¹¹ :

“Attendu que, d'une part, il ne résulte ni de l'arrêt attaqué, ni d'aucune pièce de la procédure que O... P... ait déposé un mémoire devant la chambre de l'instruction ; qu'au demeurant, ne s'étant pas pourvu contre l'arrêt du 5 juillet 2002 annulé par la Cour de Cassation, il était sans qualité pour proposer devant la juridiction de renvoi un moyen pris de la nullité de la procédure ; qu'en conséquence, il ne peut être admis à critiquer les motifs par lesquels les juges ont écarté les demandes d'annulation dont ils étaient saisis ;

Attendu que, d'autre part, (...)

D'où il suit que les moyens sont irrecevables ;”

– Enfin, il est de jurisprudence constante qu'est irrecevable, faute d'intérêt, le moyen qui reproche à la cour d'appel d'avoir rejeté une exception qu'elle aurait dû en réalité déclarer irrecevable ou d'avoir déclaré irrecevable une action qu'elle aurait dû dire mal fondée.¹²

– M. Z... a été mis en examen pour chantage et association de malfaiteurs le 14 octobre 2015. Il n'a pas déposé de requête en annulation devant la chambre de l'instruction de Versailles et n'a déposé un mémoire, sur les demandes en annulation formées par MM. H..., X... et Y..., que le 22 septembre 2016. Il n'a pas formé de pourvoi contre son arrêt. Les actes visés ont été accomplis avant son interrogatoire de première comparution.

9

[Crim. 24 mai 2000, pourvoi n° 99-87.839, Bull. Crim. 2000, n°201](#), “le moyen ne peut être accueilli” ; [Crim., 11 juin 2002, pourvois n° 01-80.267 et 02-872.093, Bull. Crim. 2002, n° 130](#) : “irrecevabilité des moyens”

10

[Ass. Plén., 10 novembre 2017, pourvoi n°17-82.028, Bull. Crim. 2017, Ass. Plén, n°2](#)

11

[Crim., 17 juin 2003, n°03-81.936](#) (arrêt dont le dispositif “rejette” le pourvoi concerné par cette question de procédure et ne le déclare pas irrecevable)

12

Jean et Louis Boré, “La cassation en matière pénale”, *Dalloz action* 2019, n°113-42 ; [Crim., 19 janvier 1971, pourvoi n°70-90.567, Bull. Crim. 1971, n°17](#) ; [Crim., 14 février 1978, pourvoi n°77-90.336, Bull.crim.1978, n°57](#).

> Sur la recevabilité de la quatrième branche du moyen présenté par le mémoire de la SCP Ricard.

Ce moyen pourrait échapper à la fin de non-recevoir évoquée pour les autres moyens présentés par M. Z..., dès lors qu'il pourrait être considéré comme "né de la décision attaquée", s'agissant d'un vice de motivation.

IV - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Sous réserve de la recevabilité des moyens, les thématiques sont les suivantes :

- Motivation et présomption d'innocence.
- Provocation à la commission de l'infraction par l'autorité publique dans le cas d'une tentative de chantage.
- Appréciation de la loyauté de la preuve recueillie par l'autorité publique à l'occasion de contacts téléphoniques avec des suspects par un fonctionnaire de police agissant, sous un pseudonyme, comme représentant d'une victime se plaignant de tentative de chantage.

V - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

A. Sur le moyen relatif à la présomption d'innocence.

On sait que selon l'article préliminaire du code de procédure pénale toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie et qu'il s'en déduit qu'une personne mise en examen ne doit pas être présentée ou considérée comme coupable.

On sait aussi que, dans une décision du 29 août 2002 (Cons. Const., 29 août 2002, décision n° 2002-461 DC), le Conseil constitutionnel statuant sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice (Considérant 66) a jugé que "*le principe de présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime*".

En page 4 de l'arrêt, il est indiqué : "*dès le 20 juin, Lukas prenait contact avec le malfaiteur*" et "*le malfaiteur adressait ensuite, le 11 août*" puis "*le 25 septembre, le maître-chanteur adressait deux SMS*".

Ces mentions figurent dans l'arrêt au sein du descriptif détaillé des faits et il ressort de la procédure, exposée dans l'arrêt, que cet individu allait être ultérieurement identifié comme étant Y. Z....

Celui-ci fait valoir qu'une juridiction d'instruction ne peut présenter les personnes simplement mises en examen comme coupables des infractions pour lesquelles elles sont poursuivies, qu'il s'agisse du contentieux de la détention provisoire ou du contentieux de la nullité des actes.

Dans son mémoire en défense, le conseil de M. D... fait valoir que, "*l'instruction ne portant que sur l'appréciation des moyens de nullité, la présentation de M. Z... quant à son rôle dans les faits poursuivis n'impliquant aucune appréciation des charges et aucune déclaration de culpabilité, n'est*

pas de nature à porter atteinte à la présomption d'innocence" et cite quelques arrêts en ce sens.¹³

Il appartiendra à la Cour de dire si ces motifs peuvent être compris comme la simple relation de ce qui ressort de l'enquête, et notamment du rôle attribué aux divers intervenants, sans méconnaissance du principe visé, ou s'ils sont une appréciation de culpabilité par la chambre de l'instruction.

B. L'infraction de tentative de chantage

Ainsi que le rappelle Christian Guery dans le premier rapport déposé à l'occasion du présent pourvoi, la question de la nature du chantage avait déjà été posée devant la chambre criminelle dans le précédent pourvoi, mais sans qu'elle y réponde.

Il convient également de souligner, comme lui, que MM. X... et Y... sont mis en examen¹⁴ pour complicité de tentative de chantage et association de malfaiteurs et que la complicité n'est pas une infraction en elle-même mais un mode de participation à un fait principal, qui ne peut être en l'espèce que celui reproché à ceux mis en examen pour tentative de chantage.

L'essentiel des informations techniques qui suivent, en matière d'infractions ou d'infraction de chantage, sont issues de son rapport et de celui déposé par Gildas Barbier, rapporteur du précédent arrêt.

1. Quelques rappels généraux :

> Dans la majorité des hypothèses, un seul type d'opération matérielle suffit à consommer une infraction aux yeux de la loi.

Cependant, il existe quelques infractions dites complexes¹⁵ dont la réalisation nécessite plusieurs actes matériels de nature différente. Il en est ainsi de l'escroquerie qui est constituée par l'addition d'un mensonge (faux nom, fausse qualité, abus de qualité vraie, manoeuvres frauduleuses) et de la remise d'un bien ou la fourniture d'un service convoité par l'escroc. Les deux composantes sont nécessaires pour remplir la matérialité de l'infraction, aucune n'étant suffisante à la réaliser.¹⁶

> MM. Desportes et Le Gunehec précisent les contours des notions d'infractions continues, continuées, instantanées aux n°442 et suivants de leur ouvrage "Droit pénal général" (Economica, 6ème édition).

Ces auteurs indiquent que sont des infractions instantanées celles dont l'élément matériel s'accomplit en un trait de temps (ex : vol, meurtre, violences), tandis que les infractions continues sont celles qui sont constituées d'un élément matériel qui, en raison de la définition même de l'incrimination, se prolonge pendant une certaine durée du fait de la volonté réitérée du délinquant (ex : recel d'une chose, séquestration d'une personne, port illégal d'une décoration).

13

[Crim., 11 décembre 2018, pourvoi n°18-85.460, Bull. Crim. 2018, n°208](#), sur le contentieux de la détention provisoire ; [Crim., 13 juin 2018, pourvoi n°17-83.242](#) ; [Crim., 4 octobre 2017, pourvoi n°17-84.516](#).

14

Le premier pour la période "courant octobre 2015" et le second "courant août 2015 et jusqu'au 13 octobre 2015", donc pour des périodes de prévention postérieures à l'intervention des services de police

15

Les infractions complexes ne doivent être pas confondues avec les infractions d'habitude qui nécessitent la réalisation de plusieurs actes identiques mais dont les actes, pris isolément, ne sont pas punissables.

16

Yves Mayaud, "Droit pénal général", PUF.

Ils précisent qu'il importe de ne pas confondre les infractions continues avec les infractions instantanées réitérées qui consistent en la répétition d'infractions identiques mais juridiquement distinctes les unes des autres.

En revanche peuvent être assimilées aux infractions continues, les infractions instantanées à exécution successive dites également continuées. "Cette qualification peut être retenue chaque fois qu'une opération délictueuse unique entraîne une répétition d'actes d'exécution". (ex : abus de faiblesse, [Crim., 27 mai 2004, pourvoi n° 03-82.738, Bull. Crim. 2004, n° 141](#) ; [Crim., 5 octobre 2004, pourvoi n° 02-86.522, Bull. Crim. 2004, n° 233](#)).

Ils exposent qu'est dite "simple", l'infraction constituée d'un seul élément matériel (ex : un coup de poignard) et "complexe", l'infraction qui nécessite plusieurs actes matériels de nature différente.

> notion d'indivisibilité :

La chambre criminelle a jugé que l'indivisibilité ¹⁷ :

- implique l'unicité de la cause de poursuite ¹⁸,
- suppose "un rapport mutuel de dépendance" et que les faits soient "rattachés entre eux par un lien tellement intime que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres" ¹⁹,
- postule que les faits soient "la suite nécessaire l'un de l'autre" ²⁰,
- qu'ils soient "de nature à se succéder nécessairement" ²¹.

2. Quelques rappels sur l'infraction de chantage

Textes de référence

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.

Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Article 312-11 du code pénal

Lorsque l'auteur du chantage a mis sa menace à exécution, la peine est portée à sept ans

¹⁷

Thèse de M. Olivier Décima, professeur de droit pénal, "L'identité des faits en matière pénale", *Dalloz*, 2008, n°740 et suivants.

¹⁸

Crim., 21 octobre 1948, Bull. Crim. 1948, n° 240 : indivisibilité du port d'arme et de la tentative de meurtre ; Crim., 15 octobre 1959, Bull. Crim. 1959, n° 435, qui prend notamment motif de ce que les faits "procèdent de la même cause" pour conclure à leur indivisibilité ; [Crim., 13 juin 1968, pourvoi n° 68-90.382, Bull. Crim. 1968, n°196](#)

¹⁹

Crim., 24 juillet 1875, Bull. Crim. 1875, n° 239 ; Crim., 8 février 1895, Bull. Crim. N°54 ; Crim., 7 mars 1895, Bull. Crim. N° 76 ; [Crim., 13 juin 1968, pourvoi n° 68-90.382, Bull. Crim. 1968, n°196](#)

²⁰

Ch. Réuniones, 22 avril 1869, D 1869, p. 377 ; Crim., 15 novembre 1928, D 1932, p. 56

²¹

Crim., 8 février 1895, Bull. Crim. N°54 ; Crim., 1er mars 1884, Bull. Crim. n° 63

d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

Article 312-12 du code pénal

La tentative des délits prévus par la présente section est punie des mêmes peines.

Les conditions du chantage :

Il se compose d'un élément matériel et d'un élément moral.

S'agissant de l'élément matériel, il repose sur la réunion d'un comportement, d'un résultat et d'un lien de causalité.

- Le comportement : infraction de commission, le chantage nécessite la preuve d'un acte positif qui consiste dans la menace de révéler ou d'imputer des faits portant atteinte à l'honneur et à la considération.

- Le résultat : infraction matérielle, le chantage nécessite, pour être consommé, que l'auteur obtienne une signature, un engagement ou une renonciation, la révélation d'un secret ou la remise de fonds, valeurs ou bien quelconque.

- Le lien de causalité : un lien certain doit pouvoir être caractérisé entre la menace et le résultat prohibé.

3. La tentative de chantage :

> Etant réprimée comme le délit lui-même, il n'est pas nécessaire que la signature, les fonds ou les valeurs aient été effectivement remis au maître-chanteur pour qu'elle soit punissable.

Si l'auteur a manifesté son intention d'obtenir une remise par la menace de révéler des faits diffamatoires, il y a commencement d'exécution et la tentative est constituée. Cependant, il faut un réel commencement d'exécution et non de simples actes préparatoires, ce qui signifie que la menace doit être parvenue à la connaissance de la victime.

> Le chantage n'est consommé que lorsqu'une contrepartie a été obtenue. Le commencement d'exécution de la tentative de chantage recouvre donc les faits qui précèdent et tendent à la remise. Ces faits peuvent à l'évidence être multiples, de nature différente, se succéder sur une période de temps relativement étalée.

Pour autant, chacun d'eux n'est commis qu'en relation avec les autres et ressort d'un dessein d'ensemble, en sorte qu'il est concrètement impossible au juge de les apprécier isolément.

Jurisprudence de la chambre criminelle, exemples de chantages ou de tentatives de chantage constitués :

– [Crim., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-82.021](#) : constitue une tentative de chantage l'envoi de courriers s'analysant comme des menaces de dénonciation à l'administration fiscale d'irrégularités susceptibles de caractériser des infractions.

– [Crim., 28 janvier 2015, pourvoi n°14-81.610, Bull. Crim. 2015, n°23](#) : approbation d'une cour d'appel qui retient que le prévenu a tenté d'obtenir de son ancienne épouse une somme d'argent en la menaçant de porter la liaison qu'elle entretenait avec un homme à la connaissance de l'épouse de ce dernier, une telle révélation étant de nature à porter atteinte à la considération de la victime.

– [Crim., 13 janvier 2016, pourvoi n°14-85.905, Bull. Crim. 2016, n°7](#) : approbation d'une cour d'appel qui relève que M.L., très jeune majeur, entretenait des relations homosexuelles et hétérosexuelles et en déduit qu'il pu légitimement penser que la révélation de sa vie intime allait porter préjudice à la relation qu'il entretenait avec une jeune fille ainsi qu'à son image au sein de son établissement de formation professionnelle.

– Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 17-84.562 : constitue une tentative de chantage le fait, pour le prévenu de menacer ses interlocuteurs de les dénoncer aux services fiscaux afin de les dissuader de remettre en cause leur collaboration et qu'ils continuent à lui confier des missions.

4. La seconde branche du moyen unique du pourvoi de MM. X... et Y...

Le moyen ne se réfère pas aux articles précités du code pénal mais vise l'article 6 de la Convention et les articles préliminaire, 427, 591 et 593 du code de procédure pénale, ainsi que le principe de loyauté des preuves, pour :

– rappeler que la provocation à la commission d'une infraction est prohibée, l'intervention de l'agent ne pouvant avoir pour effet que de révéler des infractions déjà commises ou en train de se commettre et d'en arrêter la continuation,

– soutenir que la chambre de l'instruction a considéré à tort que l'intervention de l'OPJ ne constituait pas une telle provocation à la commission d'une infraction, aux motifs, erronés, que le délit de chantage est une infraction complexe dont les différents actes matériels la constituant seraient en l'espèce intervenus entre le 3 juin 2015 et l'interpellation de MM. X... et Y..., en octobre 2015, alors que chacun de ces actes matériels s'analyse comme un commencement d'exécution et donc autant de tentatives de chantage, autonomes et distinctes les unes des autres.

Le mémoire ampliatif soutient que :

- la chambre de l'instruction se trompe manifestement en considérant que le délit de tentative de chantage est une infraction *"instantanée et complexe composée de plusieurs actes matériels différents"*, afin d'en déduire que *"l'action du policier s'inscrivait ainsi dans le cours de la réalisation de l'infraction de sorte qu'elle ne constituait ni un stratagème ni une provocation de nature à inciter les mis en examen à commettre une infraction qu'autrement ils n'auraient pas commise"* ;

- en l'espèce, les exposants ont été mis en examen pour des faits commis bien postérieurement aux agissements du commissaire de police, "Lukas" ;

- l'infraction de 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 et il est totalement erroné de soutenir que la tentative est une infraction complexe, la doctrine expliquant que celle-ci *"se caractérise par une pluralité d'actes de nature différente, aucun n'étant suffisant pour la réaliser, seule leur conjugaison ayant cet effet constitutif"* ²² ;

- il est manifeste que la tentative ne saurait être considérée comme une infraction complexe dès lors qu'elle est matériellement constituée par le seul commencement d'exécution ; que la caractérisation de la tentative n'est aucunement tributaire de la caractérisation de plusieurs actes matériels, légalement définis, et de natures différentes mais seulement de la caractérisation d'un acte assimilable à un commencement d'exécution ; que le fait que l'infraction tentée soit elle-même une infraction complexe n'a aucune incidence ;

- dès lors, une suite d'actes s'analysant comme des commencements d'exécution non suivis d'effets constitue autant de tentatives intrinsèquement répréhensibles, et en aucun cas les différents actes matériels d'une même infraction complexe, dès lors que la répression de l'un de ces actes n'est aucunement tributaire de la caractérisation de l'autre ;

- ainsi, un individu qui voudrait se faire remettre des fonds par une personne en travestissant son identité commettrait une tentative d'escroquerie distincte s'il revenait le lendemain solliciter des

22

Yves Mayaud, "Droit pénal général", PUF, coll. Droit fondamental, 6^{ème} éd. 2018, §174

fonds de la même personne mais sous une autre qualité ;

- en l'espèce, les faits délictueux qui auraient été commis avant les incitations du commissaire K... ("Lukas") sont distincts des faits intervenus postérieurement et reprochés à MM. X... et Y... et le fait que ces tentatives de chantage aient pu concerner la même vidéo ne suffit pas à considérer fictivement qu'il s'agit d'une seule et même infraction ;

- la solution retenue, qui conduit en fait à admettre la provocation de nouvelles infractions en vue de la preuve d'infractions déjà commises, devra être censurée.

5. Le mémoire en défense de M. D...

Il soutient que la seule question est de savoir si le comportement présenté comme une provocation policière a été déterminant de la commission de l'infraction.

Il réfute la thèse de MM. X... et Y... selon laquelle il y aurait eu plusieurs tentatives successives, donc des infractions autonomes, et qui tend à mettre en exergue le fait que tous deux sont intervenus, dans le processus, postérieurement aux appels de "Lukas" et donc à ses incitations.

Il expose que la provocation invoquée en l'espèce, fondée sur le fait que M. K... ("Lukas") a pris l'initiative de certains appels, a été écartée par la chambre de l'instruction aux motifs que le comportement de l'officier de police judiciaire n'avait pas été déterminant du passage à l'acte puisque l'ensemble des faits formait un tout indivisible pour aboutir au résultat escompté, que les auteurs n'avaient jamais eu l'intention d'abandonner leur projet et que l'officier de police judiciaire était intervenu alors que la tentative de chantage avait déjà commencé.

Il rappelle que le premier acte de la tentative de chantage a été commis le 3 juin 2015 et fait valoir, d'une part, que les actes ultérieurs sont des circonstances indivisibles, en vue d'aboutir au résultat recherché, à savoir l'obtention d'une contrepartie en échange de l'absence de révélation du contenu de la vidéo, d'autre part, qu'il n'y a pas eu de désistement volontaire entre chacun de ces actes.

Le mémoire souligne que les appels ultérieurs par le policier ne peuvent avoir provoqué une infraction qui était d'ores et déjà établie ; que c'est M. Z... qui a demandé deux fois à M. D... de désigner une personne devant le représenter durant les négociations ; que les auteurs intellectuels du chantage, MM. F... et H..., n'ont jamais abandonné leur projet, tentant d'abord de passer par l'intermédiaire de M. J... puis par celui de M. Z..., qui allait perdre leur confiance, et ensuite par MM. Y... et X...

C'est en considération de tous ces éléments que nous aurons à apprécier le bien fondé de ce moyen.

C. La loyauté de la preuve

Selon le dictionnaire Littré, le mot loyal vient du mot latin *legalis* (légal) et signifie : *"qui est de la condition requise par la loi et qui obéit aux lois de l'honneur et de la probité"* et, dans les dictionnaires Larousse et Robert, loyal se définit ainsi : *"qui obéit aux lois de l'honneur, de la probité, de la droiture, qui tient ses engagements, respecte les lois, les conventions librement acceptées, et obéit aux règles de l'honneur et de la probité"*, les trois mots-clés étant : droiture, honnêteté, probité.²³

23

La loyauté est une notion morale et il n'en existe pas de définition légale.

Les textes n'emploient pas ce terme et seul l'article 763, alinéa 2 du code de procédure civile précise que le juge de la mise en état a pour mission "de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces".²⁴

Il est souvent fait référence au doyen Bouzat qui a ainsi défini la loyauté dans la recherche de la preuve : *"la loyauté est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la Justice"*.

1. Droit comparé

Une incursion en droit comparé ²⁵ permet de constater que le traitement du recueil de la preuve en matière pénale est très variable.

Ainsi, **en Belgique**, l'exigence de la loyauté des preuves est affirmée dans le Code d'instruction criminelle à l'article 28 bis qui dispose que « **le procureur du Roi veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés** ». Le juge d'instruction belge a également ce même devoir prévu à l'article 56 du Code d'instruction criminelle.

Et il n'y a plus d'exclusion systématique de la preuve illicite depuis la loi du 24 octobre 2013 ayant modifié le titre préliminaire du code de procédure pénale sur les nullités. L'article 32 du Titre préliminaire prévoit les cas dans lesquels la nullité peut être prononcée :

« La nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :

- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable ».

Et la provocation policière entraîne quant à elle l'irrecevabilité de l'action publique.

Cette provocation est définie par à l'article 30 du code d'instruction criminelle : *« Il est interdit de provoquer des infractions. Il y a provocation lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention délictueuse est directement née ou est renforcée, ou est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention d'un fonctionnaire de police, d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire ou par un infiltrant civil dans le cadre de l'infiltration civile visée au livre premier, chapitre IV, section III, sous-section 4bis, du Code d'instruction criminelle. En cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne ces faits ».*

En Italie, les principes généraux du droit de la preuve italien font état de la charge pour le juge pénal d'évaluer, au cas par cas, l'admissibilité des preuves pour autant que la preuve soit propre

²⁴

Ibid

²⁵

La technique de "l'infiltration canadienne" est si particulière qu'elle justifie juste d'être signalée à titre de comparaison : La technique du "*Mr Big Undercover Investigation*", inventée par la gendarmerie royale au cours des années 1990, consiste à créer une organisation criminelle fictive qui incite le suspect à participer à des activités tant légales qu'illégales en utilisant une diversité de scénarios .

Aucun cadre juridique n'a été mis en place pour ce système mais dans son arrêt "R. C. Hart" du 31 juillet 2014 la Cour suprême du Canada, qui en détaille tant l'application que ses problématiques, pose une "règle de preuve raisonnée" concernant les aveux obtenus lors d'une opération "Mr Big" et leur admissibilité : **l'aveu recueilli devra être présumé inadmissible mais la présomption pourra être réfutée si "le ministère public établit que la force probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable"**.

à donner connaissance des faits et que la preuve ne compromette pas la liberté morale de la personne. De fait, l'article 189 du code de procédure pénale dispose qu'une fois la preuve considérée comme recevable, le juge doit examiner le moyen utilisé pour obtenir la preuve.

Si le critère de la connaissance des faits ne pose pas de difficultés, le plus important est celui de la "compromission de la liberté morale" de la personne.

Il s'agit là de la limite la plus importante en droit de la preuve italien. Cette limite ne permet pas pour le juge d'utiliser les preuves qui ont été obtenues par le biais de la manipulation de la personne. En réalité, il s'agit de ne pas avoir d'influence sur la capacité d'autodétermination de la personne ou en altérant sa capacité à se souvenir ou évaluer les faits. Cela se rapproche de la provocation policière également prohibée en droit français.

En Espagne, si le droit pénal exclut lui aussi les preuves obtenues illégalement, **une validation a posteriori de ces preuves demeure possible** et, afin d'être recevables, les preuves doivent présenter un certain nombre de caractéristiques posées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole :

- les preuves doivent être substantielles ;
- elles doivent avoir été obtenues dans le respect des garanties procédurales : immédiateté, publicité et concentration ;
- elles doivent être présentées au procès et soumises au contradictoire ;
- elles doivent être obtenues sans violation des droits fondamentaux ;
- l'évaluation de la preuve doit être motivée par la Cour.

Mais le tribunal constitutionnel n'écarte pas radicalement tout effet juridique, et une condamnation pénale peut être prononcée à condition qu'elle ne soit pas fondée exclusivement sur ces preuves-ci et corroborée par d'autres éléments de preuves obtenus de manière régulière.

Une limite non négligeable à ce principe est appliquée en droit pénal espagnol. Il s'agit de l'application de la doctrine dite de l'« *inevitable discovery* » (découverte inéluctable), qui autorise l'utilisation de preuves, même obtenues illégalement, dès lors qu'elles auraient pu être acquises par le biais de moyens légaux.

Aux Pays-Bas, le code de procédure pénale prévoit une sanction procédurale en cas de preuve obtenue illégalement dans son article 359 a.

Il importe de souligner que c'est le tribunal qui le cas échéant sanctionnera tout manquement :

« **1.** Le tribunal peut, s'il apparaît un manquement, commis pendant l'enquête préliminaire, à des règles de procédure, auquel il n'est plus possible de remédier utilement et pour lequel il n'est pas prévu de conséquences légales, décider que :

a. la sévérité de la peine sera réduite en proportion de la gravité du manquement, si le dommage ou le préjudice causés peuvent de la sorte être compensés ;

b. les résultats obtenus au terme de l'enquête au cours de laquelle le manquement a été commis ne pourront pas être utilisés comme moyen de preuve de l'infraction telle que visée dans l'acte de poursuite ;

c. il y a un obstacle à la poursuite par le Ministère public, s'il résulte du manquement que le procès de l'affaire ne peut pas être regardé comme remplissant les principes d'une procédure régulière.

2. Pour l'application de la sous-section (1), le tribunal tient compte de l'intérêt poursuivi par la règle de droit méconnue, de la gravité du manquement, et du dommage en résultant.

3. Le jugement devra comporter les décisions mentionnées à la sous-section (1). Lesdites décisions devront être motivées ». ²⁶

Les critères d'appréciation du manquement sont les suivants :

- il doit s'agir d'un manquement opéré pendant la phase d'enquête préliminaire dans la mesure où cette enquête se rapporte à l'infraction reprochée ;
- ce doit être un manquement irrémédiable aux règles de procédure ;
- doit exister un lien de causalité direct entre le manquement à la règle de procédure et l'établissement de la preuve ou le dommage causé au détriment du mis en cause ;
- est pris en compte l'intérêt protégé par la règle de droit objet du manquement (*Schutznorm*) ;
- est prise en compte la gravité du manquement ;
- est également pris en compte le dommage causé par le manquement ²⁷.

La juridiction n'a pas l'obligation d'appliquer une sanction en cas de manquement aux règles de procédure.

Il existe trois formes de sanctions du manquement procédural en droit néerlandais :

- 1°) L'obstacle aux poursuites du ministère public,
- 2°) La réduction de la peine,
- 3°) L'exclusion d'éléments de preuve.

La sanction de l'exclusion d'éléments de preuves est d'application exceptionnelle et plus l'infraction est grave moins une telle sanction a vocation à s'appliquer.

Dans deux arrêts, la Hoge Raad ²⁸ est encore venue limiter la possibilité d'exclure des éléments de preuves en ajoutant des conditions :

- La violation doit être irréparable,
- La règle objet du manquement doit être importante,
- La gravité du manquement doit être considérable,
- Le mis en cause a subi un dommage immédiat du fait du manquement,
- Une déclaration d'illégalité ou une réduction de peine ne suffiraient pas à réparer le dommage subi

26

Cette règle s'applique à la violation de toutes les règles, constitutionnelles ou non. Son application la plus fréquente concerne l'obtention de preuves en violation du respect du droit à la vie privée ainsi que du droit à garder le silence.

27

Note sur l'article 359a du code de procédure pénale néerlandais, SDER, 2016

28

du fait du manquement ²⁹.

En Angleterre, le principe est que seules sont inadmissibles les preuves obtenues par le biais de la torture et qu'aucune autre preuve ne peut être exclue uniquement sur la considération de la manière dont elle a été obtenue.

Et la décision "Sang" de la House of Lords (25 juillet 1979) a posé un principe selon lequel le pouvoir discrétionnaire du juge pour rejeter une preuve ne peut porter que sur l'effet préjudiciable qu'aurait l'admissibilité de la preuve ³⁰ et non pas sur la manière dont elle a été obtenue.

La cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve obtenue illégalement ou déloyalement : la section 78(1) du Police and criminal evidence Act prévoit **l'exclusion des preuves uniquement sur le fondement de leur effet néfaste sur le principe du procès équitable**.

Ce n'est donc pas directement la manière dont la preuve a été obtenue qui est sanctionnée mais l'effet qu'aurait cette admission sur les principes directeurs du procès.

2. Droit des instances judiciaires internationales

En premier lieu, doit être relevé le silence du **droit de l'Union européenne** :

L'Union européenne a adopté des directives consacrant différents droits procéduraux : droit à l'information ³¹, droit d'accès à un avocat ³², droit de ne pas témoigner contre soi-même et droit de garder le silence ³³, notamment.

Toutefois, aucune de ces directives n'impose aux États membres de sanctionner la violation de ces droits par la nullité de l'acte ou l'irrecevabilité des preuves en résultant, sous réserve de veiller au respect des droits de la défense et de l'équité de la procédure lors de l'appréciation des déclarations ou des éléments de preuve ainsi obtenus.

Par ailleurs, divers **instruments internationaux** retiennent la recevabilité de la "p

Ainsi, concernant le droit applicable devant les tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR), une synthèse en a été donnée par le TPIY en ces termes :

« les preuves illégalement recueillies ne sont pas a priori irrecevables mais [...] leur admissibilité dépendra plutôt des modalités et des circonstances de leur obtention, ainsi que de leur fiabilité et

29

Note SDER précitée

30

L'effet préjudiciable de l'admissibilité de la preuve serait la violation du droit au procès équitable

31

Dir.n° 2012/13/UE, 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (JOUE, n°L142/1, 1^{er} juin 2012)

32

Dir. n°201348/UE, 22 octobre 2013, relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (JOUE n°L294/1, 6 novembre 2013)

33

Dir. n°2016/343, 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 (JOUE, n°L65/1, 11 mars 2016)

de leur incidence sur l'intégrité de la procédure »³⁴.

Selon la même logique, l'article 69 § 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale stipule que les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le Statut de Rome ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles :

« a) Si la violation met sérieusement en question la fiabilité des éléments de preuve ;
ou b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité ».³⁵

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle laisse au juge national fixer les modes de preuve, se bornant à vérifier que ces derniers ne compromettent pas l'équité du procès au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Elle rappelle régulièrement que « si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne ». Elle en déduit qu'elle « n'a pas à se prononcer, par principe, sur la recevabilité de certaines sortes de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne ».³⁶

La Cour européenne retient, cependant, sa compétence au travers de l'exigence d'équité du procès lorsque la question de la recevabilité de la preuve affecte le respect de ce principe.

Le principe de liberté de la preuve en matière pénale :

Dès l'arrêt Schenk c. Suisse du 12 juillet 1988³⁷, la CEDH a posé le principe selon lequel l'article 6 ne réglemente pas l'admissibilité des preuves en tant que telle. Cette matière relève, par conséquent, au premier chef du droit interne et des juridictions nationales.

Dans cette affaire, elle a rejeté le recours car « la production et l'admission d'une preuve entachée d'illégalité n'avaient pas eu d'incidence sur le caractère équitable de la procédure ». Il s'agissait en l'espèce de l'enregistrement d'une conversation téléphonique entre deux personnes privées, réalisé par l'une d'elles, à la demande des services de police.

En revanche, dans l'affaire Teixeira de Castro contre Portugal, la Cour européenne a considéré comme contraire à l'article 6 § 1 de la Convention l'intervention de fonctionnaires de police dont l'action avait provoqué l'infraction.

La Cour rappelle depuis lors ce principe avec constance, ce qu'elle a par exemple fait dans un arrêt rendu en Grande chambre en 2011 : « la recevabilité des preuves relève des règles du droit interne et des juridictions nationales [... ;] sa seule tâche consiste à déterminer si la procédure a été équitable »³⁸.

34

Aff. Le procureur c/Karadzi, n°IT-95-5/1-T, décision sur la demande de l'accusé tendant à exclure les retranscriptions de conversations sur écoute, 30 septembre 2010, www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/100930.pdf

35

[www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome Statute French. Pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome%20Statute%20French.Pdf)

36

Ex : CEDH, arrêt du 12 juillet 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, § 45-46 ; CEDH, arrêt du 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, n°44/1997/828/1034, §34 et 36 ; CEDH, arrêt du 25 mars 1999, *Pelissier et Sassi c. France*, n°25444/94 ; CEDH, arrêt du 12 mai 2000, *Khan c. Royaume Uni*, n°35394/97, §34

37

CEDH, plénière, arrêt du 12 juillet 1988, req. n° 10862/84

38

CEDH, GC, arrêt du 15 décembre 2011, *Al Khawaja et Tahery c. Royaume Uni*, req. 26766/05 et a., § 118

Par ailleurs, dans un arrêt *Guerni c. Italie* du 23 octobre 2018³⁹, qui concernait la preuve obtenue par le recours à l'infiltration, la Cour a rappelé que « *si toute mesure ordonnée par une autorité policière ou judiciaire au cours de l'instruction doit, pour être compatible avec le principe de la primauté du droit, de manière générale être fondée sur une base légale suffisante, la Convention n'exige pas que les mesures de recherche policière ou judiciaire soient réglées en détail par une loi ou une autre disposition normative* ».

L'encadrement de la liberté de la preuve par l'exigence d'équité du procès :

Bien que la Convention ne réglemente pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, l'examen de l'équité de la procédure dans son ensemble au regard de l'article 6 de la Convention implique de prendre en considération la manière dont les preuves ont été recueillies.

Le respect de l'article 6 commande donc de « *rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable* »⁴⁰. Cela implique notamment « *l'examen de "l'illégalité" en question et, dans les cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation* »⁴¹.

D'autres éléments, tels que le respect des droits de la défense, la qualité de l'élément de preuve et le poids de l'élément de preuve en question sur l'issue de la procédure peuvent également entrer en ligne de compte.

L'interdiction d'utiliser des preuves obtenues par provocation policière :

Comme le souligne Aude Beernaert, « *[d]e la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ressort clairement que l'exigence générale d'équité des procédures pénales consacrée par l'article 6 de la Convention ne peut pas se concilier avec l'utilisation d'éléments de preuve recueillis à la suite d'une provocation policière* »⁴².

La CEDH est en effet très claire sur ce point dans son arrêt de principe, rendu en Grande chambre le 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie* :

- « *si l'intervention d'agents infiltrés peut être tolérable dans la mesure où elle est clairement circonscrite et entourée de garanties, l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière. Un tel procédé est susceptible de priver ab initio et définitivement l'accusé d'un procès équitable* »⁴³ ;

- « *pour qu'un procès soit équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, toute preuve obtenue par le biais d'une provocation policière doit être écartée. Ceci est d'autant plus vrai lorsque*

39

CEDH, arrêt du 23 octobre 2018, req. 19291/07, § 52

40

Par ex. CEDH, arrêt du 23 avril 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays Bas*, req. N° 21363/93 et a., § 50

41

CEDH, arrêt du 15 mai 2000, *Khan c. Royaume Uni*, n°35394/97, §34

42

“La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la CEDH”, *RTDH*, n°69, 2007, p. 82

43

CEDH, arrêt du 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, req. 74420/01, §54

l'opération policière s'est déroulée en l'absence d'un cadre légal et de garanties suffisants »⁴⁴.

Critères d'identification de la provocation policière et méthodologie de la CEDH :

La Cour a donné une définition de la provocation policière dans cet arrêt de Grande chambre du 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie* :

*« 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 »*⁴⁵.

Elle a ensuite apporté des précisions sur les critères de distinction entre la provocation policière et la mise en oeuvre légitime de techniques spéciales d'investigation, et sur la méthodologie qu'elle suit pour appliquer lesdits critères.

La CEDH utilise deux critères – le second étant en théorie subsidiaire par rapport au premier bien qu'en pratique la Cour l'examine presque systématiquement – afin de se prononcer, en cas d'allégation de provocation policière, sur la violation de l'article 6 de la Convention ⁴⁶ :

1. un critère de fond : l'intervention des agents de l'Etat doit être « purement passive » pour qu'elle ne soit pas qualifiée de provocation policière ;

2. un critère procédural : les juridictions nationales doivent examiner le grief tiré d'une provocation policière.

> l'existence d'une provocation ⁴⁷

L'examen du critère de fond permet de déterminer si l'opération litigieuse constitue ou non une provocation policière.

Pour répondre à cette question, « *la Cour examine les motifs qui ont justifié l'opération d'infiltration et la conduite des autorités qui l'ont exercée* »⁴⁸.

Afin d'établir s'il y a eu provocation policière, la Cour recherche notamment :

- « *s'il existait des **soupçons objectifs** que le requérant était impliqué dans des activités criminelles préexistantes ou prédisposé à commettre une infraction pénale* »⁴⁹ ;

44

Ibid, § 60

45

Req. 74420/01, § 55

46

Pour une présentation détaillée des deux critères, avec des illustrations jurisprudentielles, voir CEDH, arrêt du 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russie*, req. N° 18757/06, §§ 37-65

47

“Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - droit à un procès équitable (volet pénal)”, mis à jour au 31 décembre 2018

48

Ce “Guide”, p. 41, point 208

49

Ibid. p 41, point 208

- si **“le requérant a été poussé à commettre l’infraction”**⁵⁰ : le fait, pour les agents de l’Etat, de **«prendre l’initiative de contacter le requérant en l’absence de soupçons objectifs qu’il est impliqué dans des activités délictueuses ou prédisposé à perpétrer une infraction pénale »**⁵¹ peut être considéré comme un comportement ayant provoqué la commission de l’infraction.

Ainsi, dans l’affaire *Ramanauskas c. Lituanie* (requête 74420/01, §67), pour conclure à l’existence de pressions exercées sur le requérant, la Cour relève que **« rien dans le dossier ne montre que le requérant avait commis des infractions auparavant », que « toutes les rencontres entre le requérant et AZ ont eu lieu à l’initiative de ce dernier, ce qui tend à contredire l’argument du Gouvernement selon lequel aucune pression ni menace n’aurait été exercée par les autorités sur le requérant. Au contraire, à travers les contacts établis à l’initiative de AZ et VS, le requérant semble avoir fait l’objet d’une insistance caractérisée de leur part en vue de se livrer à une activité criminelle dont – mis à part des rumeurs – aucun élément objectif ne laissait supposer qu’il l’envisageât ».**

En revanche, le fait que **le requérant demande lui-même à être contacté**, comme cela était par exemple le cas dans l’affaire *Ramanauskas c. Lituanie (n° 2)*⁵², constitue un élément montrant que le requérant n’a pas été incité à commettre l’infraction. Il en va de même lorsque c’est le **requérant lui-même qui prend l’initiative de contacter l’agent infiltré** pour lui vendre de la drogue, comme cela était le cas dans l’affaire *Virgil Dan Vasile c. Roumanie*⁵³.

La Cour examine également **« la manière dont l’opération secrète de police a été lancée et exécutée »**⁵⁴

> le critère procédural : l’examen du grief de provocation par les juridictions internes

Dans les affaires de **provocation policière**, **« l’article 6 de la Convention n’est respecté que si, lors de son procès, le requérant a pu utilement invoquer la provocation, que ce soit par la voie d’une exception ou autrement. Il ne suffit donc pas, à cet égard [...] que soient respectées des garanties de caractère général telles que l’égalité des armes ou les droits de la défense »**⁵⁵. Le juge doit écarter toute preuve recueillie à la suite d’une provocation policière⁵⁶.

Lorsque la Cour ne dispose pas de suffisamment d’éléments pour conclure que le requérant a été victime d’une provocation policière, **« il est essentiel que la Cour examine la procédure dans le cadre de laquelle il a été statué sur l’allégation de provocation policière afin de vérifier, dans le cas d’espèce, si les droits de la défense ont été adéquatement protégés, notamment le respect du**

50

Ce guide, p.42, pt 211

51

Ibid.

52

CEDH, arrêt du 20 février 2018, req. 55146/14, § 68

53

CEDH, arrêt du 15 mai 2018, req. 35517/11, § 52

54

Le “Guide” préc., p. 42, pt 213

55

Arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* du 5 février 2008

56

Ibid

principe du contradictoire et de l'égalité des armes »⁵⁷.

Dans une **chronique, critique, de la jurisprudence de la CEDH**⁵⁸, B. Thellier de Poncheville explique que, pour la première fois dans l'affaire Ibrahim et autres⁵⁹, la Cour aborde la question de la violation des droits particuliers consacrés par l'article 6 § 3 sous l'angle de la recevabilité de la preuve en ces termes : « *Les griefs tirés, sur le terrain de l'article 6, de la phase de l'enquête se matérialisent généralement pendant la phase de jugement elle-même lorsque l'accusation demande l'admission d'éléments recueillis pendant ladite phase et que la défense s'y oppose* ».

Elle considère que cette position permet à la CEDH de traiter de façon plus générale la problématique de la recevabilité d'une preuve illégale dans le procès équitable et qu'ainsi, cet arrêt a été l'occasion pour la grande chambre de rappeler que l'équité peut se conjuguer avec l'illégalité, et de systématiser sa jurisprudence.

Tout en estimant bienvenue cette consolidation de la jurisprudence antérieure, elle s'interroge néanmoins : l'équité peut-elle réellement se satisfaire d'une procédure illégale ? Comment tracer une limite claire entre l'illégalité équitable et l'illégalité inéquitable ?

Et elle conclut que, toutefois, quelle que soit l'opinion adoptée, **une difficulté demeure : déterminer de façon prévisible la recevabilité d'une preuve illégale**. Or, selon elle, sur ce point, la solution consacrée par la CEDH peine à convaincre. | | | | |

3. Droit civil, administratif ou constitutionnel

Il est intéressant au préalable de noter que, si les débats sont vifs sur cette question dans le “monde judiciaire”, la jurisprudence des Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat n'est guère prolixe.

Ainsi, le **Conseil constitutionnel** utilise la notion de loyauté en matière fiscale ou électorale. Il n'a fait référence au concept de loyauté de la preuve que dans une décision, rendue le **18 novembre 2011** à propos de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la garde à vue. Pour juger conforme à la Constitution le fait qu'en matière de garde à vue la loi n'impose aux enquêteurs un délai d'attente de l'avocat que pour la première audition et non pour les auditions suivantes, le Conseil constitutionnel a retenu *“qu'il appartient en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve et d'apprécier la valeur probante des déclarations faites, le cas échéant, par une personne gardée à vue hors la présence de son avocat”*.⁶⁰

Selon M. Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, cette décision *“n'érige pas le principe de loyauté dans l'administration de la preuve au rang de principe constitutionnel”*, mais *“s'appuie sur cette garantie légale, au respect duquel veille l'autorité judiciaire, pour juger conforme*

57

Ibid

58

B. Thellier de Poncheville, “La preuve illégale dans le procès équitable”, *Droit pénal* n° 10, Octobre 2017, étude 18

59

CEDH, grande ch., arrêt du 13 sept. 2016, Ibrahim et a. c/ Royaume-Uni, n° 5 0541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09., § 254 et 274 : AJDA 2017, p. 157, obs. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2016. p. 1862, obs. C. de presse ; Rev. sc. crim. 2017, p. 130, obs. J.-P. Marguenaud ; Dr. pén. 2017, chron. 4, obs. E. Deyer ; RTDH 2017, p. 421, obs. C. Macq ; JCP G 2017, doct. 32, obs. F. Sudre ; JCP G 2016, 1753, obs. L. Milano.

60

Cons. const. 18 novembre 2011, décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC ; § 30.

à la Constitution les dispositions contestées".⁶¹

Quant au Conseil d'Etat, dans un arrêt du 16 juillet 2014⁶², il a consacré, tout en le limitant, le principe de loyauté en matière de preuve, en décidant que :

"tout employeur public est tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté ; il ne saurait, par suite, fonder une sanction disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents sur des pièces ou des documents qu'il a obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie".

Dans ses conclusions, le rapporteur public, tout en encourageant le Conseil d'Etat à reconnaître le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'invitait à prendre en compte les particularités du procès administratif et notamment à prévoir une exception au principe afin de permettre aux collectivités publiques de pouvoir faire prévaloir les intérêts généraux qu'elles défendent sur les exigences de légalité et de loyauté de la preuve.

Il écrivait :

*"A ce titre, il nous semble indispensable de ménager, ce que n'ont fait jusqu'à présent ni la jurisprudence judiciaire ni la jurisprudence constitutionnelle, l'hypothèse dans laquelle une autorité administrative serait détentrice d'informations qui lui imposeraient d'agir dans un sens déterminé, sauf à méconnaître gravement un intérêt public. Il faudrait alors admettre qu'elle puisse se prévaloir devant le juge de ces éléments de preuve, alors qu'elle les aurait recueillis en méconnaissance des exigences de légalité et de loyauté".*⁶³

Seuls deux autres arrêts du Conseil d'Etat ont été trouvés sur cette problématique :

- CE, 14 octobre 2015, n°391872 : un requérant contestait, dans une QPC, la constitutionnalité du droit de l'administration fiscale d'obtenir les livres comptables par rapport au principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Le Conseil d'Etat juge que le requérant "n'indique pas en quoi l'exercice de ce droit méconnaîtrait les principes qu'il invoque de loyauté dans l'administration de la preuve et de respect des droits de la défense".

Le commissaire du gouvernement avait déduit l'existence d'un principe constitutionnel de loyauté de la preuve de la décision QPC 2012-227 du 30 mars 2012.⁶⁴

- CE, 22 février 2017, n° 387728, §3 : le Conseil d'Etat fait état d'un "prétendu principe de loyauté des preuves" soulevé par les requérants.

Mais, le moyen n'étant pas fondé en fait (la cour d'appel n'ayant pas fondé sa décision sur la preuve déloyale), il ne s'est pas prononcé sur l'existence de ce principe.

A l'occasion de cette décision, le commissaire du gouvernement faisait le point sur la légalité de la

61

Gazette du Palais, 24 mai 2012, n° 145, p. 32

62

CE 16 juillet 2014, n°355201, publié au Recueil Lebon : la commune n'avait pas violé ce principe en confiant à une agence de détectives privés le soin de réaliser des investigations dans le but de mettre en évidence les activités professionnelles d'un agent administratif bénéficiant d'un congé de longue maladie, puis de longue durée, dès lors que les surveillances s'étaient déroulées dans des lieux publics.

63

Concl. de M. Daumas, rev. AJDA 2014, 1460

64

Décision relative aux présomptions.

preuve en droit administratif :

" votre jurisprudence impose seulement au juge administratif de soumettre la pièce en cause au débat contradictoire entre les parties, ainsi que cela résulte de la décision Election cantonale de Bruz (5/3 SSR, 8 novembre 1999, n°201966, au Recueil sur ce point) : dans cette décision en effet, vous avez jugé que " la circonstance, à la supposer établie, qu'un tribunal administratif se serait fondé, pour statuer sur le bien-fondé d'une protestation dirigée contre l'élection d'un conseiller général, sur une note confidentielle (...) qui aurait été soustraite à son auteur n'est pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure à la suite de laquelle le jugement a été rendu dès lors que cette pièce a pu être discutée contradictoirement par les parties ".

Votre récente décision M. Aoun, qui n'est certes pas fichée sur ce point (4/5 SSR, 18 janvier 2017, n° 394562, aux Tables sur un autre point), distingue cependant la situation des tiers de celle des parties, en jugeant que la circonstance qu'une décision du juge disciplinaire ordinal est fondée " sur des pièces dont la production aurait été faite de sa propre initiative, par un tiers, en méconnaissance d'une obligation de secret propre à ce dernier, n'est pas par elle-même de nature à entacher la régularité ou le bien-fondé de la décision du juge disciplinaire ". Il ne fait donc pas de doute que la production, par une partie, d'une pièce qui serait entrée en sa possession par l'effet d'un acte commis, par un tiers (administration fiscale ou avocat), en violation du secret professionnel qui s'impose à lui, est sans incidence sur la régularité de la décision juridictionnelle dès lors que cette pièce a été soumise au débat contradictoire.

L'on peut cependant, par a contrario, conclure de la décision M. Aoun que la production par une partie d'une pièce que cette partie, par une démarche positive de sa part, aurait obtenue en méconnaissance d'un secret s'imposant à elle entache la décision juridictionnelle d'irrégularité lorsque cette décision est fondée sur des éléments figurant dans cette pièce. En invoquant la méconnaissance d'un " principe de loyauté des preuves " tenant à l'utilisation par les demandeurs de première instance d'une pièce obtenue sans l'accord de l'entreprise et de son avocat, les auteurs du pourvoi vous invitent à envisager cette hypothèse. Mais, en l'espèce, même en tirant cette conséquence d'une décision qui, encore une fois, n'est pas fichée sur ce point, vous pourrez retenir qu'en tout état de cause, l'arrêt de la cour ne se fonde pas sur des éléments figurant dans le courrier adressé par son avocat à la société Bosal."

Par ailleurs, on sait qu'en France, **en matière civile**, est très stricte.

la vision prétorienne de la loyauté de la

C'est **la chambre sociale** qui la première en a posé l'exigence, avant qu'elle ne soit généralisée à l'ensemble des relations de droit privé.

Son arrêt **du 20 novembre 1991** a en effet posé le principe de loyauté probatoire, au visa de l'article 9 du code de procédure civile : "si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite." ⁶⁵

Pour la chambre sociale, les résultats d'un procédé de surveillance clandestin et déloyal du salarié, procédant d'un stratagème, ne peuvent être retenus comme moyen de preuve.

La preuve est a fortiori irrecevable lorsque la faute commise par le salarié résulte d'une provocation de l'employeur ⁶⁶ : "la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute".

65

[Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n°88-43.120, Bull. 1991, V, n°519](#)

66

[Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n°89-41.052, Bull. 1991, V, n°15](#)

Cette jurisprudence, qui n'a pas été sérieusement contestée, est restée cantonnée aux relations de travail pendant plus de dix ans avant d'être généralisée à toutes les relations de droit privé.

De nombreux exemples jurisprudentiels révèlent que le recours à la tromperie, à la clandestinité, interdit la recevabilité de la preuve, peu important que celui qui les utilise se situe dans un cadre légal ou en dehors de ce cadre.

Ainsi, les enregistrements de toute nature (audio, vidéo, courriels, SMS...) qui violent la vie privée et le secret des correspondances, ou sont réalisés à l'insu de l'adversaire et reposent sur un piège, une manipulation, ne peuvent pas être produits à titre de preuve.⁶⁷

La 2^{ème} chambre civile a, la première, fondé juridiquement cette exigence de loyauté dans l'obtention des preuves sur les articles 9 du code de procédure civile et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : *"l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue"*.⁶⁸

Dans un arrêt ultérieur adoptant la même solution, la chambre commerciale ne vise que l'article 9 du code de procédure civile au soutien de sa décision⁶⁹ : *"est déloyal le fait de permettre à un tiers d'écouter une conversation téléphonique à l'insu de l'un des interlocuteurs afin de conduire ce tiers à retranscrire les termes de cette conversation dans une attestation produite à titre de preuve"*.

De manière générale, les enregistrements réalisés par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constituent un procédé déloyal rendant irrecevable leur production à titre de preuve.⁷⁰

Pour autant, comme la chambre sociale, les chambres civiles admettent qu'un tel enregistrement n'est pas une preuve déloyale si son existence était connue ou ne pouvait être méconnue.

La recevabilité de l'enregistrement clandestin de conversations téléphoniques comme mode de preuve dans **le contentieux concurrentiel** a fait l'objet d'une opposition entre juges du fond et Cour de cassation : afin d'échapper au principe de loyauté probatoire qui condamne ce type de preuve, les juges du fond ont voulu soumettre le contentieux concurrentiel aux principes de la procédure pénale.

L'Assemblée plénière, dans une décision du 7 janvier 2011⁷¹, a donné raison à la chambre

67

N. Fricero, "La recevabilité des preuves "déloyales" en matière civile", *Procédures* n°12, décembre 2015, dossier 14

68

Ce visa de l'article 6 de la Convention peut étonner puisque, en matière probatoire, la CEDH a eu l'occasion de préciser que la Convention ne régleme pas la procédure probatoire devant les juridictions étatiques et que, dès lors, la réglementation des preuves quant à leur admissibilité, leur administration, l'appréciation de leur force probante ainsi que la charge de la preuve relève des droits nationaux.

("si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne").

69

[Com., 13 octobre 2009, pourvoi n°08-19.525](#)

70

[2^{ème} Civ., 9 janvier 2014, pourvoi n°12-17.875](#)

71

[Ass. Plén., 7 janvier 2011, pourvois n°09-14.667 et 14.316, Bull. 2011, Ass. Plén., n°1](#) ; M. Chagny, "Loyauté de la preuve dans les procédures de concurrence : le civil tient le criminel en échec", *Communication Commerce électronique*, n°3, mars 2011, comm. 24

commerciale, et, sans abandonner la référence à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, a enrichi le visa de la mention expresse du « principe de loyauté dans l'administration de la preuve », avant d'affirmer que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence.

Mais surtout, le communiqué de presse relatif à cet arrêt indique que *“le principe de loyauté de la preuve participe pleinement à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et s'applique en tout domaine”*. Il précise par ailleurs “qu'en fondant la cassation sur le visa de l'article 9 du code de procédure civile, **la Cour de cassation affirme aussi sans ambiguïté son attachement au maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle tenant compte de la spécificité de la procédure pénale”**.

La doctrine ne conteste pas le principe de “loyauté probatoire” en matière civile mais la rigueur de la jurisprudence de la Cour de cassation ⁷².

Dès 1996, Mme Leborgne ⁷³ soulignait qu'exiger des parties qu'elles soient loyales en excluant certaines méthodes d'investigation ou en rejetant la production de certains documents en raison des modalités de leur obtention *peut réduire au silence la vérité au nom de la dignité du procès civil*.

Dans la même ligne, le professeur Perrot ⁷⁴, en 2008, indiquait que *pour la Cour de cassation, la loyauté dans la recherche des preuves est aujourd'hui une règle d'or. On ne peut que partager cette manière de voir. Mais il est juste de convenir qu'il est parfois bien difficile de se ménager une preuve lorsque l'on se trouve confronté à des comportements illicites qui s'abritent derrière une opacité qui est un défi à la transparence judiciaire. La loyauté procédurale ne doit pas non plus devenir le tremplin à des opérations condamnables, ignorées du juge faute de preuve. Toute la difficulté réside dans la conciliation de ces deux impératifs*.

Et, en 2018, Mme Lardeux ⁷⁵ critiquait le caractère absolu accordé au principe de loyauté probatoire, “qui peut conduire à faire triompher la déloyauté sur le fond du droit” et suggérait que la Cour de cassation en relativise la portée en acceptant de concilier loyauté probatoire et droit de la preuve au-delà du seul respect dû à la vie privée, *à savoir en s'appuyant sur le caractère indispensable de la preuve illicite et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit antinomique en présence*.

Il peut donc être souligné qu'en matière civile les principes directeurs du droit de la preuve n'ont pour l'essentiel pas été codifiés de sorte que le droit probatoire est essentiellement prétorien et qu'au principe général de « loyauté des débats » que le juge est tenu de respecter et faire respecter, la chambre sociale et les autres chambres civiles ont ajouté un principe de loyauté dans l'obtention des preuves ; que cette notion introduit une dose d'éthique dans l'administration de la preuve au-delà du respect de la légalité ; que, si la doctrine approuve la logique qui sous-tend la mise en œuvre de cette exigence, à savoir la dignité de la justice qui pourrait perdre toute crédibilité en admettant de fonder ses décisions

72

Voir aussi : R. Amaro, “La loyauté dans l'administration de la preuve : un principe sur la sellette ?”, *Contrats concurrence consommation*, n°2, février 2017, alerte 6 ; N. Fricero, “La recevabilité des preuves “déloyales” en matière civile”, *Procédures* n°12, décembre 2015, dossier 14

73

A. Leborgne, “L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe”, *RTD civ.* 1996, 535

74

R. Perrot, “la recherche loyale des preuves”, *Procédures*, mai 2008, commentaire 137

75

G. Lardeux, “Preuve : règles de preuve” - les principes fondamentaux, art. 2, le principe de loyauté, *Répertoire de droit civil*

sur des preuves obtenues déloyalement, elle en critique unanimement le caractère absolu et prône une plus grande souplesse dans son application, voire son abandon, considérant que les comportements condamnables pourraient être sanctionnés sur d'autres fondements.

4. Droit pénal français

Le principe est celui de la liberté de la preuve : l'article 427 du code de procédure pénale prévoit que «les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction». L'intéressé pourra donc prouver sa prétention par tous les moyens "légalement admissibles", écrits ou oraux [présomptions, témoignages ou aveu (article 428 du code de procédure pénale)].

Toutefois, il existe des limites à cette liberté et deux principes doivent être respectés : ceux de la légalité et de la loyauté.

Ce principe de loyauté, qui s'est élaboré à l'égard du juge, a ensuite été mis en oeuvre à l'égard de celui qui apporte la preuve et lui interdit d'utiliser des procédés déloyaux, d'user de ruses ou de stratagèmes.

En matière de preuve, l'intégration de l'exigence de loyauté de la preuve dans l'article préliminaire du code de procédure pénale ⁷⁶ a été écartée lors du vote de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 :

*“Certains commentateurs de l'article préliminaire regrettent encore cette absence de référence à la loyauté des preuves qui, loin d'être un oubli a été mûrement réfléchi. Ce n'était évidemment pas le principe même de loyauté des preuves qui était débattu dans un système procédural qui n'avait pas changé de nature pour devenir accusatoire, mais la nécessité de son rappel. Lors de chaque lecture, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, quelques parlementaires ont exprimé l'exigence de l'inscription dans les principes directeurs d'un jugement qui se fonde sur des preuves loyalement obtenues. Mais pour la majorité des sénateurs de la commission des lois : « si la loyauté des preuves est un principe bien connu dans les pays anglo-saxons, il paraît difficile de mesurer les conséquences que pourrait avoir son introduction, sous une forme aussi générale dans notre droit compte tenu de la marge d'appréciation très grande qu'il laisse au juge... ”.*⁷⁷

*“Intuitivement, chacun est convaincu qu'une enquête ne saurait être menée de façon déloyale. Mais dès qu'il s'agit de déterminer la signification et la portée de l'exigence, les lignes se brouillent. Il est révélateur à cet égard qu'au cours des débats ayant entouré l'élaboration de l'article préliminaire du code de procédure pénale, les parlementaires aient renoncé à consacrer le principe de loyauté après l'avoir un temps envisagé. C'est que le principe ne peut être affirmé sans réserves ni nuances. Il doit en effet se concilier avec celui de liberté des preuves et avec le pouvoir conféré par la loi aux enquêteurs de mettre en oeuvre toutes sortes de procédés permettant de suivre, écouter, ou observer les personnes à leur insu”.*⁷⁸

Ce principe n'a jamais concerné la personne poursuivie, qui n'a pas à aider le juge ou

76

Art. Préliminaire “la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties...”

77

Christine Lazerges, “De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale” - *Mélanges Ottenhof* -11 septembre 2005.

78

Frédéric Desportes, “La loyauté dans l'enquête”, *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2014, p. 25.

l'enquêteur contre ses propres intérêts, a le droit de mentir ou de se taire ⁷⁹, et **n'est plus applicable aux personnes privées depuis les années 1990** : pour l'administration de la preuve par les particuliers, la Cour de cassation fait prévaloir le principe de la liberté et admet l'utilisation de procédés illicites ou déloyaux ⁸⁰.

La Cour rappelle en effet régulièrement «*qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale et il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire*». ⁸¹

Cette jurisprudence est née à l'occasion d'affaires qui mettaient en scène des stratagèmes élaborés par des victimes pour établir la preuve des infractions qui leur causaient un dommage, par exemple la dissimulation d'une caméra de surveillance dans une bouche d'aération afin d'établir la preuve de vols. ⁸²

Car les preuves apportées par les particuliers ne sont pas des actes ou pièces de la procédure susceptibles d'être annulés par la chambre de l'instruction. ⁸³

Ainsi, il appartient seulement aux juges d'apprécier la valeur probante des éléments rapportés par le particulier.

La problématique posée par le moyen impose de rappeler, après quelques repères historiques, la teneur de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur la loyauté de la preuve obtenue par l'autorité publique, puis d'étudier l'impact des deux arrêts rendus en Assemblée plénière en 2015 et 2017.

Quelques repères historiques

Ainsi que le rappelait M. Boccon-Gibod, avocat général, dans son avis à l'occasion du pourvoi n°14-84.339 ([Ass. Plén., 6 mars 2015, pourvoi n°14-84.339 Bull. crim. 2015, Ass. Plén, n°2](#)) :

“La doctrine, en des temps anciens, était divisée sur le point de savoir si le juge pouvait recourir à tous les artifices dans le but, louable en soi, de faire éclater la vérité.

Faustin-Hélie ⁸⁴ notait dans son traité qu'il «était de jurisprudence dans notre ancienne pratique criminelle, que le juge d'instruction pouvait, pour ainsi dire, tendre des pièges au prévenu pour le faire tomber dans quelque aveu».

Il citait Laroche-Flavin, premier président au Parlement de Toulouse, qui avait écrit dans un livre publié en 1607 : « il est permis et loisible au juge de mentir quelquefois pour rechercher et découvrir

⁷⁹

Prohibition du serment : Crim., 6 janvier 1923, Bull. Crim. 1923, n°7

⁸⁰

[Crim., 6 avril 1993, pourvoi n°93-80.184](#) : enregistrements de conversations privées par bande magnétique ; 25 janvier 1994, n°93-81.041 : enregistrement d'appels téléphoniques malveillants réalisés par la victime elle-même

⁸¹

[Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n°09-83.395, Bull. crim. 2010, n°16](#)

⁸²

[Crim., 23 juillet 1992, pourvoi n° 92-82.721, Bull. crim. 1992 n° 274](#)

⁸³

[Crim. 28 avril 1987, pourvoi n° 86-96.621, Bull. crim. 1987, n°173](#) ; [Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n°11-85.464, Bull. Crim. 2012, n°27](#) ; [Crim., 30 mars 1999, pourvoi n°97-83.464, Bull. Crim. 1999, n°59](#)

⁸⁴

Traité de l'instruction criminelle, 1866, T. 4, n° 1930 et s.

la vérité des crimes et forfaits ... ».

*Ce point de vue avait cependant été plus tard combattu par Daniel Jousse, conseiller au Présidial d'Orléans qui, dans son *Traité de la justice criminelle de France*, avait écrit en 1771 que le juge « doit surtout éviter de se servir de ruses et de discours captieux pour surprendre l'accusé. Outre que cette voie ne convient point à la dignité d'un magistrat, c'est qu'en usant de ce moyen, il paraîtrait plutôt agir avec passion qu'animé du zèle et du bien de la justice ».*

Selon la doctrine, le principe de loyauté est apparu avec les affaires "Wilson"⁸⁵ "Imbert".

Dans la première, la Haute juridiction a considéré qu'un juge d'instruction ne pouvait, pour obtenir la preuve souhaitée, cacher sa qualité à un suspect et engager avec lui une conversation téléphonique destinée à obtenir des charges à son encontre dans un trafic de décorations⁸⁶.

Cette manoeuvre a valu à son auteur de comparaître devant la Cour de cassation toutes chambres réunies⁸⁷ en Conseil supérieur de la magistrature qui, le 31 janvier 1888, a prononcé contre lui une décision de censure simple, jugeant qu'il avait employé « un procédé s'écartant des règles de la loyauté que doit observer toute information judiciaire et constituant par cela même un acte contraire aux devoirs et à la dignité de magistrat ».

Dans la seconde affaire⁸⁸, la Cour a estimé qu'un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire dans le cadre d'une information ouverte du chef de corruption de fonctionnaire ne pouvait organiser un entretien téléphonique entre deux personnes en dictant à l'une les questions qu'elle devait poser, afin qu'il puisse, pour démontrer son implication, enregistrer les réponses de l'autre.

Mais, pour le professeur Vergès, la loyauté a vraiment fait son apparition en tant que principe dans l'arrêt Schuller c/ Maréchal à propos d'une provocation organisée par le plaignant à laquelle s'étaient associés des fonctionnaires de police⁸⁹. Selon la Cour de cassation⁹⁰, cette manoeuvre constituait un stratagème ayant vicié la recherche de la vérité et porté atteinte au principe de la loyauté des preuves.

L'annulation des preuves illicites ou déloyalement obtenues par l'autorité publique : la jurisprudence de la chambre criminelle

Nombreux sont les arrêts rendus en la matière par la chambre criminelle ces dernières décennies et la sélection de ceux qui sont cités ci-après n'a pas d'autre finalité que de donner quelques exemples topiques des cas soumis aux juridictions, certains cas devant parfois être mis en

85

En 1887, le juge en charge de l'instruction de "l'affaire dite des décorations", dans laquelle était compromis Daniel Wilson, gendre de Jules Grévy, président de la République, avait appelé un suspect au téléphone en se faisant passer pour un ami du gendre en question et avait ainsi obtenu de lui des déclarations compromettantes. Il s'agit de l'un des exemples les plus célèbres et souvent cité du recours à un procédé déloyal portant gravement atteinte aux droits de la défense.

86

Marcel Rousselet, "Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle", *Revue de sciences criminelles*, 1946, p. 50

87

31 janvier 1888, S. 1889, 1, 241.

88

Crim., 12 juin 1952, Bull. 1952, n°153

89

E. Vergès, "Principes directeurs du procès pénal - principes communs aux parties", *Jurisclasseur Procédure pénale*, juillet 2014 (mise à jour : novembre 2018).

90

[Crim., 27 février 1996, pourvoi n°95-81.366, Bull. crim. 1996, n°93](#)

“perspective” au regard de la législation alors en vigueur.

La **provocation à la commission de l’infraction** constitue par essence “le” procédé déloyal qui rend irrecevable en justice les éléments de preuve ainsi obtenus.

Elle a pu être définie comme “*le fait d’inciter directement une personne à commettre une infraction, de faire naître en elle la résolution criminelle ou simplement de renforcer cette réalisation, l’amenant ainsi à commettre un délit qu’autrement elle n’aurait pas commis*”.⁹¹

Une partie de la doctrine utilise classiquement une typologie visant les “contournements de procédure” (les enquêteurs se placent hors du cadre procédural)⁹² ou les “détournements de procédure” (les enquêteurs utilisent un cadre procédural à d’autres fins que celles pour lesquelles il a été conçu)⁹³, la commission d’une infraction par les enquêteurs⁹⁴ ou encore les stratagèmes de nature à provoquer la commission de l’infraction.

> [Crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83.219, Bull. crim. 2006, n° 202](#) (provocation d’un mineur à tendre un piège à ses comparses, auteur de vols à la roulotte) :

“N’a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations la chambre de l’instruction qui, tout en relevant que deux individus avaient été interpellés en flagrance alors qu’ils perpétraient de concert un vol dans un véhicule que l’un deux avait été provoqué à commettre par un fonctionnaire de police qui lui avait proposé de stationner, à proximité du lieu où des personnes suspectées de commettre ce type de délits se réunissaient, un véhicule dans lequel était disposé en évidence un téléphone portable et une sacoche d’ordinateur et qui lui avait remis une somme d’argent pour lui permettre de leur offrir une consommation afin de les attirer à proximité dudit véhicule, énonce que l’intéressé a commis le vol de sa propre initiative et que le but de la mise en scène policière n’était pas de le provoquer à l’infraction mais seulement d’établir la preuve de son implication dans les faits.”

91

F. Kutu, Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Larcier, Bruxelles, 2006, n°848 ; Ch. Crim., 27 février 1996, n°95-81.366, Bull. N°93. RSC1996.689, obs. J-P. Dintilhac ; JCP 1996.II. 22629, note Rassat ; D 1996, 346, note Guery.

92

[Crim., 3 avril 2007, pourvoi n°07-80.807, Bull. Crim. 2007, n°102](#) :

La transcription effectuée contre le gré de l’intéressé, par un officier de police judiciaire, de propos qui lui sont tenus officieusement par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense ; la validité d’un tel procédé ne peut être admise.

Encourt la censure l’arrêt qui refuse d’annuler un procès-verbal reproduisant des déclarations verbales que la personne gardée à vue n’a pas voulu voir consignées dans le procès-verbal de son audition.

93

[Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-86.623, Bull. Crim. 2000, n°68](#) :

Aux termes des articles 56, 94 et 152 du code de procédure pénale, les perquisitions ordonnées par le juge d’instruction ne peuvent avoir d’autres fins que la recherche d’objets utiles à la manifestation de la vérité. Dès lors, est irrégulière la commission rogatoire par laquelle le magistrat instructeur prescrit à l’officier de police judiciaire de procéder, à l’occasion d’une perquisition, à la captation, la transmission et l’enregistrement de conversations dans un domicile privé, de telles opérations n’étant autorisées ni par l’article 81 du code de procédure pénale, ni par les articles 100 et suivants dudit code.

94

[Crim., 28 octobre 1991, pourvoi n°90-83.692, Bull. crim. 1991, n° 381](#) :

Les dispositions de l’article 342 du code des douanes, selon lesquelles les délits en matière douanière ou cambiaire peuvent être prouvés par toutes voies de droit, impliquent que les éléments de preuve produits devant le juge pénal n’aient pas été obtenus par des procédés frauduleux.

C’est à bon droit qu’une chambre d’accusation, saisie par application de l’article 171 du code de procédure pénale, prononce l’annulation d’une procédure suivie contre un résident français pour infractions cambiaires, dès lors qu’il s’avère que celle-ci est assise sur des extraits de compte de particulier provenant d’un vol commis à l’instigation d’agents chargés des constatations et poursuites.

Voir aussi : [Crim., 4 juin 2008, pourvoi n°08-81.045, Bull.crim. 2008, n°141.](#)

>> Il n'y a pas provocation à l'infraction lorsque l'intervention des enquêteurs n'a pas déterminé les agissements délictueux :

[Crim., 2 mars 1971, pourvoi n° 70-91.810, Bull. crim. 1971, n° 71 :](#)

La circonstance qu'un fonctionnaire de police s'est fait passer pour un acheteur éventuel d'opium ne saurait faire obstacle à la condamnation d'un individu appartenant à une organisation internationale de trafiquants de stupéfiants, dès lors qu'il est constaté par les juges du fond que l'intervention de ce fonctionnaire n'a en rien déterminé les agissements délictueux du prévenu, mais a eu seulement pour effet de permettre la constatation d'infractions déjà commises et d'en arrêter la continuation.

[Crim., 16 mars 1972, pourvoi n° 71-92.513, Bull. crim. 1972, n° 108 :](#)

Ne saurait constituer une provocation au délit, de nature à exonérer un prévenu de toute responsabilité pénale, l'intervention d'un individu, s'étant révélé ultérieurement être un indicateur, dès lors qu'elle n'a pas été déterminante de l'action délictueuse du prévenu et qu'elle n'a d'ailleurs pas annihilé sa liberté de décision.

[Crim., 2 octobre 1979, pourvoi n° 79-90.587, Bull. crim. 1979, n° 266 :](#)

La circonstance qu'un fonctionnaire de police étranger et un indicateur se sont présentés comme des acheteurs éventuels de stupéfiants ne saurait faire obstacle à la condamnation d'individus appartenant à une organisation de trafiquants dès lors que les juges du fond constatent que cette circonstance n'a pas été déterminante des infractions retenues et qu'elle a eu pour seul effet de permettre la constatation d'une activité délictueuse qui existait et d'en arrêter la continuation.

[Crim., 23 novembre 1999, pourvoi n° 99-82.658, Bull. crim. 1999, n° 269 :](#)

La participation simulée d'un fonctionnaire de police à une action illicite ne vicie pas la procédure, lorsqu'elle ne détermine pas la personne intéressée à commettre le délit. Sont régulières l'enquête préliminaire et l'enquête sur commission rogatoire effectuées avec le concours d'un fonctionnaire de police ayant feint d'accepter des offres de sommes d'argent en échange de renseignements, dès lors que les investigations ont pour objet de recueillir les preuves d'un délit de corruption active préexistant.

[Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.012, Bull. crim. 2005, n° 173 :](#)

Ne constitue pas une atteinte au principe de loyauté des preuves une opération policière qui a lieu dans un contexte préexistant de trafic de stupéfiants, qu'elle a pour objet de constater, et qui ne détermine en rien les agissements délictueux, déjà commis et en train de se commettre, de l'un des participants interpellé dans le cadre de cette enquête.

[Crim., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-88.162, Bull. crim. 2014, n° 119 :](#)

Ne constitue pas une provocation, par un agent public étranger, à la commission d'une infraction la création, par un service de police new-yorkais, d'un site permettant aux internautes d'échanger sur des pratiques de fraude à la carte bancaire, dès lors que ce site, dont la consultation n'était pas prohibée, était destiné à rassembler les preuves de la commission d'infractions et à en identifier les auteurs, mais n'avait pas pour objet d'inciter les personnes qui y accédaient à passer à l'acte.

[Crim., 17 novembre 2015, pourvoi n° 15-84.458 :](#)

« Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'elle constatait l'existence d'un réseau organisé et structuré dont les membres se livraient à un trafic croisé de stupéfiants portant sur de la résine de cannabis et de la cocaïne, opéraient en métropole, en Martinique, mais également sur le territoire de l'État de Sainte-Lucie où la cocaïne était acquise, étaient répartis en plusieurs équipes distinctes utilisant le transport par voie aérienne, usaient de nombreuses lignes téléphoniques, tous éléments dont il se déduisait qu'un tel trafic et une association de malfaiteurs en vue de l'animer auraient nécessairement préexisté à l'intervention des deux informateurs de l'Office central, la chambre de l'instruction, qui, par ailleurs, ne s'est pas expliquée sur le fait que les informateurs en cause n'avaient participé en rien à la partie du trafic s'étant déroulée en Martinique, n'a pas caractérisé par des motifs suffisants que les agents de l'OCRTIS auraient usé d'un procédé déloyal ayant déterminé

les mis en examen à commettre les infractions reprochées, qu'autrement, ils n'auraient pas commises, et n'a pas ainsi justifié sa décision ».

L'analyse de la jurisprudence fait ainsi apparaître que les procédés, artifices, ruses ou stratagèmes, selon une terminologie variable, dont usent les enquêteurs à l'occasion de leurs enquêtes ne sont pas en eux-mêmes proscrits et qu'ils ne sont susceptibles d'affecter la validité de la procédure que s'ils sont employés de telle manière qu'ils ont déterminé la commission de l'infraction.

Ont été “validés” les procédés suivants :

- le fait pour un enquêteur d'utiliser un pseudonyme pour se connecter à un service de messagerie ([Crim., 25 octobre 2000, pourvoi n°00-80.829, Bull. crim. 2000, n°317](#)) :

Ne constitue pas un stratagème déloyal le fait, pour un officier de police judiciaire, d'utiliser un pseudonyme pour se connecter à un service de messagerie, et la cour d'appel n'a pas méconnu les textes visés au moyen en constatant qu'il ne pouvait être exigé d'un policier en civil de décliner sa qualité avant la commission d'une infraction, d'autant plus que la règle sur le réseau consistait justement à adopter un pseudonyme ;

- la mise en place par des policiers, renseignés par l'un des auteurs d'un trafic de stupéfiants, d'un dispositif de surveillance qui leur a permis d'assister, dans un hôtel, à la réception, par celui-ci, d'un sac contenant des fonds provenant de ce trafic ([Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.012, Bull. crim. 2005, n° 173](#)),

- une opération d'infiltration permettant la saisie de produits stupéfiants, le trafic de stupéfiants ayant été révélé par des écoutes téléphoniques opérées antérieurement à l'infiltration ([Crim., 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-86.176](#)),

- le fait pour les enquêteurs de l'office central de lutte contre le travail illégal de se présenter comme des éventuels acquéreurs des locaux, pour constater l'occupation des lieux ([Crim., 10 mai 2011, pourvoi n°10-87.475](#)) :

Attendu que, pour rejeter le moyen de nullité pris de ce que les enquêteurs de l'office central de lutte contre le travail illégal auraient utilisé un stratagème en se présentant comme éventuels acquéreurs des locaux mis en vente par la société Salt et au sujet de laquelle ils procédaient à des investigations, l'arrêt retient que la visite desdits locaux par les enquêteurs qui a suivi, a eu pour seul objet de vérifier par un simple constat l'état d'occupation ou non des lieux.

- le recueil, dans un procès-verbal de renseignements, de propos tenus par un suspect dès son placement en garde à vue, malgré l'absence de notification du droit de se taire, en ce qu'ils permettaient de rechercher une mineure disparue ([Crim., 17 janvier 2012, pourvoi n° 11-86.471](#)), *si le défaut de notification du droit de se taire a été sans incidence sur le caractère spontané des propos initiaux de M. Q... qui avaient pour finalité de rechercher la personne en péril et si la nécessité d'accomplir des recherches immédiates sur les indications de celui-ci a constitué une raison impérieuse de retarder l'intervention de son avocat, il lui appartenait de constater que les auditions réalisées ultérieurement étaient irrégulières,*

- la création, par un service de police new-yorkais (agent public étranger), d'un site permettant aux internautes d'échanger sur des pratiques de fraude à la carte bancaire, dès lors que ce site, dont la consultation n'était pas prohibée, était destiné à rassembler les preuves de la commission d'infractions et à en identifier les auteurs, mais n'avait pas pour objet d'inciter les personnes qui y accédaient à passer à l'acte ([Crim., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-88.162, Bull. crim. 2014, n° 119](#)) ;

- l'interception et la transcription, dans le cadre d'écoutes téléphoniques ordonnées par le juge d'instruction, d'une conversation fortuite du suspect avec un tiers se tenant à ses côtés ([Crim., 14 avril 2015, pourvoi n°14-88.515, Bull. Crim. 2015, n° 83](#)) ;

- le fait pour les enquêteurs de se présenter comme les éventuels acquéreurs d'un véhicule ([Crim.,](#)

[14 avril 2015, n°14-88.054](#));

- la mise en oeuvre d'un dispositif de géolocalisation en temps réel, sans autorisation préalable écrite du procureur de la République ([Crim., 20 décembre 2017, pourvoi n°17-82.435, Bull. Crim. 2017, n°298](#)):

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui relève notamment que, d'une part, l'intéressé ne peut se prévaloir d'aucun droit sur le véhicule volé et faussement immatriculé, d'autre part, les irrégularités supposées commises, qui n'ont pu influencer de quelque manière sur le comportement des utilisateurs dudit véhicule ou porter atteinte à leur libre arbitre, ne peuvent être regardées comme un acte positif susceptible de caractériser un stratagème, au sens d'une combinaison de moyens pour atteindre un résultat, en sorte qu'il ne saurait être reproché aux autorités publiques d'avoir recouru à un procédé déloyal.

Mais, dans cette jurisprudence établie, est apparue une "nouvelle voie" pour sanctionner la déloyauté dans l'obtention de la preuve par l'autorité publique, indépendamment de toute illégalité ou de toute provocation à la commission de l'infraction, celle du seul "procédé déloyal".

Ainsi, dans un arrêt du 14 avril 2015 ([Crim., 14 avril 2015, pourvoi n°14-87.914, Bull. Crim. 2015, n°87](#)), la chambre criminelle a validé l'interception dûment autorisée et l'exploitation des communications passées clandestinement par un détenu à partir de son lieu de détention en disant que ce procédé "*ne porte pas atteinte au principe de loyauté des preuves, dès lors que le recueil de ces preuves a été obtenu sans actes positifs de l'autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal*".

Mais l'arrêt qui pourrait être considéré comme "fondateur" de cette nouvelle voie fut celui rendu le 7 janvier 2014 ([Crim., 7 janvier 2014, pourvoi n° 13-85.246, Bull. crim. 2014, n° 1](#)) dans l'affaire dite des "cellules contiguës", affaire dans laquelle l'Assemblée plénière allait rendre l'arrêt du 6 mars 2015.

L'annulation des preuves illicites ou déloyalement obtenues par l'autorité publique : les récentes décisions de l'Assemblée plénière

1. "L' affaire dite des cellules contiguës" : l'arrêt du 6 mars 2015 ([Ass. Plén., 6 mars 2015, pourvoi n°14-84.339, Bull. Crim. 2015, Ass, Plén, . n°2](#))

Il reprend le principe édicté par la **chambre criminelle**, dans cette même affaire, par son **arrêt du 7 janvier 2014, dont un auteur a pu dire qu'ainsi la Cour de cassation "abaissait son seuil de tolérance vis-à-vis des procédés d'investigation mis en oeuvre par les autorités publiques"**.⁹⁵

>> le sommaire :

Porte atteinte au droit à un procès équitable, au droit de se taire et a celui de ne pas s'incriminer soi-même ainsi qu'au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique.

Le placement, au cours d'une mesure de garde à vue, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue 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.

Des lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour valider un tel procédé, retient que plusieurs indices

95

Dans l'article très instructif d'A. Bergeaud-Wetterwald, "Du bon usage du principe de loyauté des preuves ?", *Droit pénal* n°4, avril 2014, étude 7, dont certains extraits figurent dans le rapport de C. Guery.

constituant des raisons plausibles de soupçonner que l'un des intéressés avait pu participer aux infractions poursuivies justifient son placement en garde à vue, conformément aux exigences de l'article 62-2, alinéa 1er, du code de procédure pénale, que l'interception des conversations a eu lieu dans les conditions et formes prévues par les articles 706-96 à 706-102 du code de procédure pénale, lesquelles n'excluent pas la sonorisation des cellules de garde à vue contrairement à d'autres lieux visés par l'article 706-96, alinéa 3, du même code, que les intéressés, auxquels a été notifiée l'interdiction de communiquer entre eux, ont fait des déclarations spontanées, hors toute provocation des enquêteurs, et que le droit au silence ne s'applique qu'aux auditions et non aux périodes de repos.

>> Une sélection de commentaires de la doctrine ⁹⁶ :

P.-J. Delage, "Retour sur le principe de la loyauté des preuves", RSC 2015. 117 (extraits) :

Que le présent procédé soit déloyal, on en conviendra sans peine. Certes, en sens contraire, les juges du fond (en ce comprise la cour de renvoi) avaient entendu notamment insister sur la légalité de la mesure de sonorisation (...). Mais c'était faire abstraction de ce que le procédé employé, pour se parer d'un vernis de légalité, n'en revenait pas moins à priver de toute portée les droits qu'a le suspect de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination (...). Et pour cause : à quoi servirait-il de reconnaître au gardé à vue certains droits protecteurs, si, par ruse, par stratagème, l'autorité publique pouvait les réduire à rien, les priver de toute teneur protectrice ? Ce serait faire de ces droits, pour emprunter une terminologie souvent mobilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, des prérogatives purement « théoriques », « illusoires », et non des garanties « concrètes », « effectives ». Voilà qui ne saurait être admis, et qui justifie donc, pleinement, le caractère « déloyal » reconnu au procédé de sonorisation litigieux.

Ceci dit, l'intéressant est surtout de constater, après d'autres, que le stratagème qui nous occupe « ne visait qu'à provoquer une preuve » (...). Chose remarquable, **la chambre criminelle, puis l'Assemblée plénière**, en ayant tout à tour considéré contraire au principe de loyauté des preuves un stratagème tendant, non à provoquer à la commission d'une infraction, mais à recueillir la preuve d'une infraction déjà réalisée, **ont très certainement voulu pousser à « une évolution dans la lecture même [de ce] principe »(4)**. (...) **De telle sorte que la voie semble bien ouverte à l'extension de l'exigence de loyauté à la provocation à la preuve de l'infraction**. Avec cette conséquence immédiate : que certaines méthodes d'investigation, admises hier, ne pourront possiblement plus l'être au lendemain de la décision de l'Assemblée plénière (d'aucuns pensent, tout particulièrement, à la sonorisation des parloirs).

Ce qui n'est pas dire que, du jour au lendemain, le contentieux ayant trait au principe de loyauté des preuves va devenir limpide. Outre que l'on sait que, de façon ponctuelle, le caractère exceptionnel de certaines affaires pousse la Cour de cassation à adopter sur ce terrain de critiquables solutions ⁹⁷, il faudra certainement s'attendre, dans l'avenir, à certaines hésitations devant la question de savoir si tel ou tel procédé de recueil des preuves devra être jugé déloyal ou non. Bien sûr, une chose paraît claire : le comportement des membres de l'autorité publique ne saurait être reprochable lorsque ceux-ci ont adopté, dans le recueil de la preuve, une attitude purement passive. (...). Mais quid dans le cas où l'autorité publique, recourant à des procédés ou moyens discutables (donc adoptant un comportement actif), n'irait pour autant pas jusqu'à user de ruse ou artifice ? Cette hypothèse intermédiaire, entre passivité et stratagème, pourrait ainsi constituer quelque chose comme une sphère d'indécision, sphère dans laquelle, et au gré des espèces, la jurisprudence serait

96

Voir aussi : D. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; D. 2015. 1738, obs. J. Pradel ; RSC 2015. 971, chron. J.-F. Renucci ; Dr. pénal 2015, comm. 58, A. Maron et M. Haas ; JCP 2015. 558, note E. Bonis-Garçon ; Gaz. Pal. 21 mars 2015. 10, note S. Raoult

97

[Crim., 13 octobre 2004, pourvois n°00-86.726, 00-86.727, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945 et 03-81.763, Bull. Crim. 2004, n°243](#) : aff. des paillottes corses ; [Crim., 3 septembre 2014, pourvoi n° 11-83.598](#), AJ pénal 2014. 577, note O. Cahn : présumés terroristes détenus à Guantanamo

en proie à quelques tâtonnements.

On attirera l'attention sur ce fait que, quel que soit le champ d'application exact qu'elle tend à donner au principe de loyauté des preuves, la jurisprudence n'entend jamais soumettre que les autorités publiques à ce principe - et donc, pas les personnes privées (défense, partie civile - et même, au-delà, témoin et tiers à la procédure). (...)

C. Girault, "Quand la loyauté dicte sa loi !", AJ Pénal 2015 p.362 (extraits) :

Par cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation se prononce dans le même sens que la Chambre criminelle en affirmant la déloyauté du procédé consistant à sonoriser des locaux de garde à vue afin de surprendre les échanges verbaux entre des suspects placés dans des cellules contiguës. L'arrêt de la Chambre criminelle, comme la plupart de ceux qui rappellent l'exigence de loyauté, avait rencontré un accueil favorable de la part de la doctrine, laquelle s'était pourtant unanimement interrogée sur sa portée et sur la cohérence d'une jurisprudence dont la prévisibilité restait à démontrer.

Cet embarras à définir, circonscrire, répertorier ce qui est permis et ce qui ne l'est pas trouvait son origine dans les motifs de l'arrêt de la Chambre criminelle dont il ressortait que « la conjugaison » des mesures de garde à vue, du placement des suspects dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un « stratagème » et constituait ainsi un procédé déloyal de recherche des preuves. Cette formulation, non reprise par l'Assemblée plénière, faisait office de parade face à l'argumentaire précis et détaillé de la chambre de l'instruction fondé sur la légalité de chacune des mesures, garde à vue d'une part et sonorisation d'autre part. Il fut alors rappelé que la légalité n'était pas une condition suffisante, l'exigence de loyauté s'imposant aux autorités publiques (mais à elles seules !) pour la recherche des éléments de preuve nécessaires à la manifestation de la vérité.

A priori consensuelle, une telle affirmation soulève en réalité de nombreuses interrogations. Pour quelle raison, en premier lieu, les parties privées seraient-elles dispensées de se soumettre à l'exigence de loyauté alors qu'elles participent, elles aussi, à la manifestation de la vérité et que, précisément, aucune loi de procédure ne régleme cette matière ? L'absence de loi ne devrait-elle pas être suppléée par une obligation de loyauté renforcée ? D'autre part, si l'on s'en tient à l'administration de la preuve par les autorités publiques, faut-il désormais penser que tout procédé destiné à surprendre des propos incriminants est déloyal car relevant d'un stratagème contraire aux règles du procès équitable ? Directement à l'origine de la saisine de l'Assemblée plénière, la résistance des juges du fond et la division du parquet général près la Cour de cassation quant à l'admissibilité d'aveux obtenus si sournoisement révèlent l'embarras du milieu judiciaire à ce sujet.

Malgré un attendu de principe identique à celui de la Chambre criminelle, l'Assemblée plénière procède différemment et offre une nouvelle piste de réflexion. En premier lieu, aucune référence n'est faite à l'existence d'un stratagème dans les motifs, lesquels dénoncent simplement « le procédé déloyal qui a mis 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 ». Le visa de l'arrêt, plus riche que celui de la Chambre criminelle, intègre surtout l'article 63-1 du code de procédure pénale ainsi que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Or, c'est précisément sur ce point que réside le principal intérêt de l'arrêt. La lecture du visa et des motifs donne en effet à penser que l'Assemblée plénière a entendu réécrire l'article 63-1 afin de restituer au droit au silence sa véritable dimension. Celui-ci s'applique dès qu'une mesure de garde à vue est décidée, y compris, précise-t-elle, « durant les périodes de repos séparant les auditions », ce qui remet en cause la vision tronquée du droit au silence telle qu'elle résulte de la loi du 14 mars 2011. L'accent est volontairement mis sur les textes applicables, tels qu'ils doivent être interprétés et non sur l'existence d'un « stratagème » dont il n'est fait référence nulle part ailleurs que dans l'attendu de principe. L'on peut alors regretter que l'Assemblée plénière n'ait pas osé s'engager plus explicitement sur la voie de l'illégalité, en sanctionnant, en tant que procédé déloyal, le seul contournement du droit au silence. Déplaçant le débat sur le terrain de la morale, la référence à la notion de « stratagème » entretient doutes et confusions quant à la portée de l'arrêt.(...)

L'ambiguïté de la référence à un « stratagème » :

Le contournement du droit de se taire et des droits de la défense constituant, en lui-même, un procédé déloyal, la mention d'un « stratagème » ayant vicié la recherche de la preuve par un agent de l'autorité publique paraît surabondante. Il est admis, en effet, que le principe de loyauté ne prohibe pas toute provocation dans la recherche des preuves, dès lors qu'il ne s'agit pas de déterminer des agissements délictueux, mais de constater une infraction préexistante ou sur le point de se commettre. Aussi, l'efficacité des investigations requiert-elle « le plus souvent qu'elles soient conduites de manière discrète, voire secrète et parfois même en trompant les personnes qui en sont l'objet ». Qu'elle soit ou non prévue par la loi, la distinction entre la ruse admissible et le stratagème déloyal repose le plus souvent sur le comportement des autorités publiques, lesquelles doivent rester suffisamment neutres pour « ne pas vicier l'établissement de la vérité ». L'Assemblée plénière aurait-elle souhaité aller au-delà de cette solution prétorienne en interdisant dorénavant toute provocation à la preuve au nom de la loyauté procédurale ? Il semble, au contraire, qu'elle n'ait pas voulu se situer sur ce terrain, la notion de stratagème n'étant pas utilisée dans le sens que lui donne habituellement la Chambre criminelle lorsqu'elle entend prohiber l'activisme des autorités. La censure intervient en effet indépendamment du caractère spontané ou provoqué des aveux, la violation des règles du procès équitable résultant de la subtilisation, au mépris des règles applicables, des propos librement tenus par les intéressés.

En définitive, la déloyauté du procédé a consisté à contourner les garanties inhérentes au cadre légal, et c'est en ce sens qu'il faut entendre la notion de « stratagème ». La solution n'est pas nouvelle mais il est dommage que l'Assemblée plénière n'ait pas profité de l'occasion qui lui était offerte pour renouveler la formulation du principe de loyauté en substituant à la notion trop étroitement connotée de « stratagème » celle plus neutre de « procédé ». C'est en effet l'ensemble des procédés tendant à contraindre la volonté d'une personne suspecte ou à s'écarter des dispositions légales applicables qui porte atteinte à la loyauté procédurale. À ce titre, sont prohibés les provocations à l'infraction, le recours à des machinations, mises en scène ou stratagèmes viciant l'établissement de la vérité, les détournements de procédure et le contournement des garanties légales. Cette dernière dimension ne doit pas être négligée dans la mesure où les droits reconnus aux personnes suspectes sont amenés à s'accroître sous l'effet conjugué des jurisprudences européenne et constitutionnelle. Dans le même temps, les procédures d'exception tendent, elles aussi, à se développer, entretenant l'idée que la fin peut justifier les moyens. Dans ce contexte, les tentatives de contournement ne manqueront pas. Le rappel à la loi et aux principes directeurs qui président à son interprétation s'impose plus que jamais, sans qu'il soit opportun d'opposer loyauté et légalité.

2. “L'affaire dite du roi du Maroc” : l'arrêt du 10 novembre 2017 ([Ass. Plén., 10 novembre 2017, pourvoi n°17-82.028, Bull. Crim. Ass. Plén, n°2](#))

rappel succinct des faits : deux journalistes auteurs d'un ouvrage prétendument compromettant pour le roi du Maroc proposent au représentant du roi de renoncer à la publication du livre moyennant le versement d'une somme de 3 000 000 euros. L'entretien est enregistré et le procureur de la République de Paris en est informé par le biais d'une plainte émanant d'un avocat mandaté par le monarque. Un second entretien a lieu entre les mêmes personnes, surveillé cette fois par des policiers restés à l'extérieur du bâtiment et là encore un enregistrement est effectué. Une instruction préparatoire est ouverte des chefs de chantage et une troisième rencontre a lieu, dans les mêmes conditions, sauf que l'avocat plaignant, à l'occasion d'une interruption de l'entretien, informe les policiers du déroulement des discussions. À la sortie des locaux les journalistes sont arrêtés, en possession notamment d'espèces. Un enregistrement est remis aux policiers.

Observation : dans l'affaire dite “des cellules contiguës”, il s'agissait du recueil de la preuve par l'autorité publique et la discussion portait sur le stratagème utilisé en vue de l'obtention de la preuve.

Dans celle-ci, la question posée était celle du rôle, actif ou passif, de l'autorité publique dans l'obtention de la preuve par une personne privée.

2-1. Arrêt de la chambre criminelle du 20 septembre 2016 et les commentaires de la doctrine

La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris ayant rejeté les demandes en annulation de pièces ou de procédure déposées par M. L. et Mme G., son arrêt a été cassé par la chambre criminelle, qui a dit que :

“porte atteinte aux principes du procès équitable et de la loyauté des preuves la participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée.

Encourt la cassation l'arrêt qui refuse d'annuler des enregistrements de conversations privées, réalisés par le représentant d'un plaignant sans le consentement de ses interlocuteurs, soupçonnés de tentative de chantage et d'extorsion de fonds, tout en constatant que l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention desdits enregistrements, en ce que les enquêteurs, informés par cette partie privée des lieux et heures des rendez-vous litigieux, avaient mené une surveillance constante pendant toute leur durée, s'étaient, à leur issue, vu remettre les enregistrements par la partie qui y avait procédé, les avaient retranscrits sur procès-verbal et étaient restés, pendant ces conversations, en contact régulier avec cette partie, d'une part, et l'autorité judiciaire, d'autre part, avant de procéder à l'interpellation des mis en cause dès la fin du dernier rendez-vous.”

La doctrine était partagée à propos de cet arrêt de la chambre criminelle ⁹⁸ :

– des auteurs comme E. Dreyer ⁹⁹ et F. Cordier ¹⁰⁰ semblent approuver la solution, qu'ils analysent comme suit : la chambre criminelle, qui n'a pas elle-même accès au dossier de la procédure, déduit de l'arrêt de la chambre de l'instruction qu'un doute demeure quant à la participation de l'autorité publique à la confection des preuves illicites et retient, “en somme”, que ce doute doit profiter aux droits de la défense et non aux poursuites : il incomberait donc à l'assemblée plénière, saisie du pourvoi contre l'arrêt de la cour de renvoi, de dire si le doute a été dissipé par la motivation accrue de la juridiction rémoise ¹⁰¹ :

>> pour le premier : *“les nécessités de la répression ne permettent plus à la Haute juridiction de fermer les yeux sur des raisonnements menés dans le seul but de valider des actes, voire des poursuites, opérés de façon discutable”* et il s'agit d'un “approfondissement du contrôle exercé par la Cour de cassation” ;

>> pour le second, 1^{er} avocat général à la Cour de cassation : *“une cloison étanche doit séparer les agissements d'une partie des actes de procédure commis par les OPJ. Aucune confusion n'est possible, aucun doute ne doit être permis”* et *“la chambre criminelle fait ainsi une stricte application du principe de légalité du recueil de la preuve par l'autorité publique et s'inscrit dans la continuité*

98

Voir aussi : A. Lepage, “Tel est pris qui croyait prendre ... mais est sauvé par le principe de la loyauté de la preuve”, CCE 2016, comm. 92 ; F. Fourment, “Preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée avec la participation de l'autorité publique”, GP 2017, n°4, p. 56

99

Emmanuel Dreyer, “Dans le doute, il faut présumer l'atteinte au procès équitable”, *Legipresse*, 2016, n°343, p. 613

100

François Cordier, “L'autorité publique ne peut ni directement ni indirectement participer à l'obtention illicite de la preuve par une partie privée”, *Revue de Science criminelle* 2016, p. 797

101

Voir aussi : A. Maron et M. Haas, “Déloyauté partagée”, *Droit pénal* 16, comm. 164

de la jurisprudence de la Cour de cassation”¹⁰² ;

– d’autres auteurs, davantage critiques à l’égard de l’arrêt du 20 septembre 2016, estiment que la chambre criminelle, en se fondant notamment sur l’article 6 de la Convention, est allée beaucoup plus loin que la CEDH en matière de loyauté probatoire, celle-ci considérant que la réglementation de l’admissibilité d’une preuve relève de l’appréciation des Etats tout en veillant à ce que l’obtention d’une preuve ne prive pas le justiciable, ab initio, de toute chance d’un procès équitable :

>> C. Ambroise-Casterot¹⁰³ : “au regard de la jurisprudence de la CEDH, on pouvait s’attendre à ce que la Cour de cassation rejette le pourvoi des journalistes et que les preuves fournies par l’avocat du royaume du Maroc demeurent dans le dossier d’instruction. Or il n’en a pas été ainsi. Dans une motivation différente de celle des multiples arrêts antérieurs, la Cour de cassation estime que la présence des policiers - qui sont pourtant demeurés passifs, n’ont procédé à aucune provocation et qui n’ont pas eux-mêmes réalisés les enregistrements ni même dirigé l’action de l’avocat - conduit à vicier la procédure, puisqu’elle conclut à la nécessité de prononcer la nullité des enregistrements, des procès verbaux de retranscription et des actes subséquents.”

>> A. Gallois¹⁰⁴ remet en cause la condamnation de la participation de l’autorité publique aux agissements déloyaux ou illicites d’une partie privée : “il n’est pas certain que cette approche soit nécessairement la plus opportune. Qu’aurait dû faire la partie privée, du moins son représentant ? Contacter l’autorité publique à l’issue du troisième rendez-vous en apportant tous les éléments de preuve en sa possession ? La solution retenue tend alors à privatiser la preuve pénale.”¹⁰⁵ Or cette privatisation est, en soi, une source d’inégalité, d’incertitude (sur l’authenticité des éléments de preuve) voire de danger (pour la personne dont les agissements sont découverts) ...à l’inverse, quels moyens juridiques auraient pu utiliser l’autorité publique pour recueillir elle-même la preuve ?”¹⁰⁶

– d’autres, plus nuancés, avancent seulement que la chambre criminelle, qui assimile la preuve obtenue avec la participation, directe ou indirecte, de l’autorité publique à celle obtenue par un particulier agissant pour le compte ou sur instructions des représentants de ladite autorité illustre, pour la première fois, la notion de participation indirecte de l’autorité publique dans la confection d’une preuve illicite :

>> A-S. Chavant-Leclère¹⁰⁷ : elle re-situe cet arrêt dans le prolongement des deux arrêts de la

102

[Crim. 13 juin 1989, pourvoi n° 89-81.388, Bull. crim. 1989, n°254](#) ; [Crim., 19 juin 1989, pourvoi n°89-81.777, Bull. Crim. 1989, n°261](#)

103

C. Ambroise-Casterot, “vers une inflexion de jurisprudence en matière de preuves déloyalement obtenues ?”, AJ pénal, 2016, p. 600

104

“Participation de l’autorité publique à l’administration, par une partie privée, d’une preuve illicite ou déloyale”, JCPE 2016, 1177

105

Souligné par le rapporteur

106

Cet auteur va encore plus loin en préconisant même que les enquêteurs soient autorisés à participer aux agissements déloyaux ou illicites d’une personne privée : position radicale qui privilégie une appréciation casuistique de la nécessité et de la proportionnalité des moyens employés.

En appelant au législateur, il soutient que “les acteurs du procès devraient être précisément renseignés sur ce qui est permis en termes de stratégie et sur ce qui est prohibé en termes de stratagème”.

107

“L’enregistrement d’une conversation privée en présence des policiers constitue une preuve déloyale”, *Procédures* 2016, comm. 341

chambre criminelle rendus en 2015 ([Crim., 14 avril 2015, n°14-88.515, Bull. Crim. 2015, n°83](#) et [Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-87.914, Bull. Crim. 2015, n°87](#)) “par lesquels la Cour avait déjà eu l’occasion de préciser que dans la mesure où le recueil des preuves “a été obtenu sans actes positifs de l’autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal” ses conséquences restaient régulières et non sujettes à nullité” : selon elle, **“un pas de plus est fait dans la consécration d’un principe de loyauté déployant tous ses effets” et cet arrêt consacre la solution selon laquelle “la simple présence des enquêteurs est considérée comme un acte positif de participation à la confection de la preuve illicite”** ;

>> R. Mésa ¹⁰⁸ : il relève que cet arrêt s’inscrit dans la droite ligne de la solution retenue par la chambre criminelle dans l’affaire Bettencourt ([Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n°11-85.464, Bull. Crim. 2012, n°27](#)) et remarque un changement de vocabulaire : l’arrêt de 2016 ne subordonne plus la déloyauté de l’enregistrement réalisé clandestinement à l’intervention des enquêteurs, qui suppose une certaine action de ces derniers, mais uniquement à leur participation, terme plus large, pareille participation caractéristique de l’entorse au principe de la loyauté de la preuve semblant pouvoir être active ou passive, et pouvant être, au regard des termes de cet arrêt de 2016, directe ou indirecte” ;

>> A. Lepage : “dans cette affaire, certes, les policiers n’avaient pas eux-mêmes procédé aux enregistrements, ni même n’en avaient donné l’idée à la partie privée, mais ils avaient œuvré au succès de ces rendez-vous destinés à confondre les journalistes. Cette participation indirecte évoque une collaboration entre la partie privée et la police, où la seconde ne dirige pas la première mais lui prête main-forte, d’une façon qui atteste un projet d’ensemble”.

2-2. l’arrêt de l’Assemblée plénière du 10 novembre 2017 :

La chambre de l’instruction de renvoi ayant rejeté à nouveau les requêtes en annulation de pièces de la procédure et rendu une décision similaire à celle censurée par l’arrêt de la chambre criminelle du 20 septembre 2016, l’Assemblée plénière a été saisie de cette affaire.

– le sommaire de l’arrêt :

Ayant relevé, en substance, qu’il est légitime qu’une victime ayant déposé plainte pour des faits de chantage et extorsion de fonds informe les enquêteurs de l’avancement des démarches de ceux auxquels il prête des agissements répréhensibles et des pourparlers en cours lors de ses rencontres avec ceux-ci, que les services de police et les magistrats, saisis d’une telle plainte, se doivent d’intervenir pour organiser des surveillances de nature à confirmer ou infirmer les dires du plaignant et, si nécessaire, interpeller les auteurs, que les remises aux enquêteurs à brefs délais des enregistrements réalisés par le représentant du plaignant et leur transcription par les enquêteurs sont dépourvues de toute portée quant au rôle actif susceptible d’être prêté à ces derniers et que le seul reproche d’un “laisser faire” des policiers, dont le rôle n’avait été que passif, ne peut suffire à caractériser un acte constitutif d’une véritable implication, la chambre de l’instruction, pour rejeter la demande en nullité des procès-verbaux de retranscription d’enregistrements de conversations privées produites par le particulier se disant victime de tels faits, prise de la participation indirecte des autorités publiques au recueil de ces preuves, a pu en déduire l’absence de participation directe ou indirecte de l’autorité publique à l’obtention des enregistrements litigieux, ce dont il résultait que le principe de la loyauté de la preuve n’avait pas été méconnu.

– Conclusion de la note au Rapport annuel :

L’Assemblée plénière de la Cour de cassation, au terme du contrôle opéré sur la qualification apportée aux faits par les juges du fond, a considéré que la chambre de l’instruction avait pu

déduire de ses constatations l'absence de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements litigieux, ce dont il résultait que le principe de la loyauté de la preuve n'avait pas été méconnu. **Les juges du fond disposent ainsi d'une marge d'appréciation au regard des circonstances de l'espèce, le contrôle de la Cour de cassation s'apparentant, dans une certaine mesure, à celui de « l'erreur manifeste d'appréciation ».**

– Sélection de commentaires de cet arrêt par la doctrine : ¹⁰⁹

- P.-J. Delage, “le laisser faire” de l'autorité publique et le principe de la loyauté de la preuve, RSC 2018, p. 117 :

l'affaire dite “du roi du Maroc” aura ainsi donné lieu à deux lectures différentes d'une même situation factuelle (...) À quelle lecture, celle de la chambre criminelle ou celle de l'AP, faut-il adhérer ? La prise de parti n'est pas aisée, tant il est des arguments pour emporter la conviction, d'un côté comme de l'autre.

Ainsi, il est assurément sage de poser en impératif catégorique que l'autorité publique ne doit intervenir “à aucun stade de l'obtention de la pièce à conviction produite par une partie”, en d'autres termes, qu'une “cloison étanche” doit séparer les agissements des parties privées des actes de procédure des OPJ et des magistrats.

Et si doute il devait y avoir quant à l'absence de participation de l'autorité publique à la confection d'une preuve par une partie privée, ce doute devrait alors, nécessairement, profiter à celui contre qui la preuve a été déloyalement obtenue et administrée.

Dans la présente affaire, au vu des nombreux éléments relevés, la chambre criminelle aurait eu raison de conclure au non-respect du principe de la loyauté de la preuve. Reste qu'il est aussi possible d'affirmer que “la déloyauté ne se présume pas”, que l'autorité publique est présumée recueillir ses preuves de manière loyale, que la preuve contraire n'aurait pas été rapportée, de telle manière que l'AP aurait eu raison de juger que ce principe n'avait pas été méconnu.

À chacun en somme de choisir son parti.

L'important est ailleurs : au-delà de la divergence d'appréciation des faits, la règle de principe est la même : la participation, même indirecte, de l'autorité publique à l'obtention d'une preuve déloyale par une partie privée est contraire au principe de la loyauté de la preuve, ce qui s'inscrit dans le prolongement de certaines positions antérieures de la jurisprudence. (...)

- W. Azoulay, “Loyauté de la preuve pénale : un concept de Protée”, Dalloz, 17 nov. 2017 :

“Cette décision illustre l'absence d'une définition précise dont souffre la notion de « loyauté » aux contours tracés par l'appréciation souveraine des juges, carence que le législateur n'entend pas combler.”

- O. Décima, “De la loyauté de la preuve et de ses composantes”, Recueil Dalloz 2018, p. 103:

Souvent, la loyauté de la preuve est présentée comme fuyante, insaisissable. Parce qu'elle est issue de la déontologie des magistrats, sa traduction juridique serait malaisée. La décision de l'AP pourrait néanmoins illustrer la lente construction d'une notion.

La déloyauté des autorités répressives réside dans l'usage intentionnel d'un procédé mensonger qui conduit au détournement de la loi. Elle connaît donc deux composantes, matérielle (elle suppose une tromperie réalisée par les enquêteurs) et formelle (elle implique qu'il soit fait échec à l'application de la loi pénale).

Fort heureusement, la loyauté de la preuve pénale ne porte pas prohibition générale de l'usage de la ruse lors des investigations : la mise en scène trompeuse ou la malice ne suffisent pas à consommer la déloyauté et à vicier la procédure.

D'une part, l'emploi d'un stratagème mensonger est permis par le code de procédure pénale, en matière de criminalité organisée, où la surveillance, l'infiltration, l'enquête sous pseudonyme et autre sonorisation sont permises.

D'autre part, même lorsque la loi ne permet pas expressément la mise en scène, les autorités ne sont pas tenues d'être “absolument loyales”. La franchise totale, la complète information sur l'état

des investigations n'est pas exigée de l'OPJ lors, par exemple, de l'audition en garde à vue. La mise en scène est admise pour arrêter un suspect. La CEDH ne sanctionne la déloyauté que si elle porte atteinte à l'une des garanties du procès équitable.

Quelle est donc la mesure de la déloyauté condamnable ?

La fonction autonome de la loyauté : à la réflexion, le principe de loyauté n'aurait guère d'intérêt s'il visait à sanctionner des stratagèmes qui, de toute façon, sont illégalement employés et susceptibles d'être annulés pour cette seule raison.

La fonction autonome de la loyauté de la preuve pénale est de sanctionner l'évincement de la loi ou son utilisation à des fins détournées, alors que le procédé employé satisfait a priori à ses conditions légales de réalisation.

- C. Kurek, "Quand la Cour de cassation se fait plus loyaliste que le roi", *AJ pénal* 2018, p. 100 :
 "en matière de participation indirecte, cet arrêt fournit une précieuse indication quant à l'exigence d'un acte positif. A priori cohérente au regard de la jurisprudence dominante, la solution l'est moins au regard des faits de l'espèce, qui laissent dubitatif quant au raisonnement de la Cour : si, à première lecture, cet arrêt semble préciser les modalités de la participation indirecte des autorités publiques, il reflète en réalité toute l'ambiguïté de la notion de loyauté (...).

Les motifs de l'AP sont en effet critiquables lorsqu'il s'agit pour la Cour de justifier la passivité des policiers. (...). Au vu de l'ambiguïté des faits et du comportement des policiers, il est en effet permis de s'interroger sur la volonté de la Cour de cassation de sauvegarder les enregistrements en les préservant de la corrosion de la nullité.

Une même situation peut recevoir deux interprétations, traduisant ainsi la position d'équilibriste dans laquelle se trouvent les autorités publiques.

Il faut alors admettre le caractère fluctuant de la loyauté et, surtout, le caractère opportuniste de ses applications. Si la loyauté de la preuve varie au gré de l'interprétation des faits, le législateur a pourtant opté pour l'absence de consécration textuelle du principe, afin de ne pas canaliser "à outrance" la jurisprudence.

Peut-être faut-il voir dans cette confrontation entre la loyauté, la liberté et la proportionnalité de la preuve, le choix de justifier la fin par les moyens.

S'il s'agit d'une mise en balance permanente de valeurs, il n'est alors pas certain qu'une consécration textuelle soit opportune."

- M. Pradel, *Recueil Dalloz* 2018, procédure pénale, p. 1611 :

"L'application du principe de loyauté en cette espèce est délicate, car il y a une "combinaison d'autorité publique et de personne privée".

- R. Méza, "L'exigence de loyauté de la preuve en matière pénale à nouveau précisée par l'assemblée plénière", *GP*, 19 décembre 2017, n°44, p. 26 :

"Par son arrêt du 10 novembre 2017, l'AP a rappelé les impacts réduits de l'exigence de loyauté s'agissant des procédés de provocation à la preuve relativement à la preuve administrée par les particuliers (cf la note explicative publiée par la Cour).

De la sorte, un particulier est parfaitement libre de réaliser un enregistrement à l'insu de la personne enregistrée, que ce soit pour prouver l'infraction dont il se prétend victime ou pour se défendre relativement à une infraction qui lui est reprochée, le tout sans que l'exigence de loyauté puisse être considérée comme transgressée, sans que le droit au procès équitable puisse être regardé comme atteint dès lors que la preuve ainsi provoquée et obtenue peut être discutée contradictoirement devant la juridiction de jugement.

La loyauté de la preuve sera toutefois appréciée différemment lorsque le particulier aura agi soit sur instructions de représentants de l'autorité publique, auquel cas la preuve doit être regardée comme administrée par ceux-ci, soit avec la participation directe ou indirecte de ces agents.

Dans l'absolu, l'arrêt de l'AP ne remet pas foncièrement en cause la solution issue de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 20 septembre 2016 dans la même affaire ; il revient en revanche sur l'appréciation de cette participation. (...)

L'établissement d'une participation, même indirecte, des enquêteurs à une provocation à la preuve émanant d'un particulier, qui pourrait rendre déloyale la preuve ainsi obtenue, est subordonnée à la preuve, qui doit être rapportée par celui qui invoque la déloyauté, d'une collusion entre le particulier auteur de la provocation et les enquêteurs, ou encore à la démonstration de l'accomplissement par les enquêteurs d'un acte positif, si modeste soit-il, un rôle purement passif

de ceux-ci étant insuffisant à la caractérisation d'un acte constitutif d'une véritable implication.
(...)

La provocation à la preuve, qu'elle émane des enquêteurs ou de particuliers agissant avec la participation active, directe ou indirecte, des enquêteurs, et donc les stratagèmes de provocation policière, apparaissent en principe compatibles avec l'exigence de loyauté en matière probatoire. Il ne devrait en aller autrement, par combinaison de l'arrêt aujourd'hui commenté avec celui de l'AP du 6 mars 2015 et celui de la chambre criminelle du 30 septembre 2016 (16-80.820) (dont la solution a été remise en cause uniquement en ce qui concerne la caractérisation de la participation des enquêteurs) que si le procédé de provocation à la preuve mis en oeuvre par les enquêteurs ou par un particulier avec la participation de ceux-ci est de nature à porter atteinte à un droit fondamental ou processuel de la personne poursuivie, ou encore se révèle une provocation à l'infraction, auxquels cas pourrait être relevée une transgression du droit à un procès équitable.

- F. Fourment, "Preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée : laissez faire, laissez juger", GP, 23 janvier 2018, n°3, p.57 :

"la règle de droit posée par la chambre criminelle dans son arrêt de 2016 est validée mais le fondement juridique est édulcoré, devenant le (seul) principe de loyauté des preuves sui generis. La Cour de cassation n'abandonne toutefois pas à l'appréciation souveraine des juges "la qualification de participation directe ou indirecte de l'autorité publique" à l'obtention d'un élément de preuve litigieux.

Mais sa conclusion, aux termes de laquelle la chambre de l'instruction "a pu en déduire...", est troublante, rapportée aux circonstances de l'espèce. L'Assemblée plénière se satisfait en effet du raisonnement de la chambre de l'instruction, pour laquelle "le seul reproche d'un laisser faire des policiers, dont le rôle n'a été que passif, ne peut suffire à caractériser un acte constitutif d'une véritable implication", tandis qu'en 2016, la chambre criminelle avait relevé la présence constante des enquêteurs sur les lieux des rencontres, la remise aux fonctionnaires de police par le représentant du plaignant des enregistrements litigieux dès la fin de ces rencontres, leur retranscription sur procès-verbal et les contacts réguliers entre ces derniers et le représentant des plaignants, qui avaient conduit à l'interpellation des mis en cause. (...) Il faut espérer pouvoir prendre cette décision pour un arrêt d'espèce et opportuniste, rendu dans une affaire spéciale."

- A. Gallois, "Loyauté de la preuve pénale : le réel reporté à une date ultérieure ?", *Semaine juridique*, éd. Générale, n°52, 25 décembre 2017, 1366 :

"L'appréciation des faits par l'Assemblée plénière diffère de celle retenue en 2016 par la chambre criminelle et cette affaire témoigne une nouvelle fois des difficultés liées à la mise en oeuvre du principe de loyauté probatoire.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il serait souhaitable d'encadrer ce principe par les principes de nécessité et de proportionnalité.

La règle de principe qui interdit toute participation de l'autorité publique aux agissements déloyaux/illicites d'une partie privée appelle des observations critiques : d'une part, la notion de participation est extensive (elle peut être indirecte), d'autre part, comme en l'espèce, les contacts peuvent intervenir entre l'autorité publique et la personne qui subit (ou prétend avoir subi) des actes pénalement qualifiables. Le cas échéant, la règle jurisprudentielle fixe un seuil de déloyauté qui présente le risque de favoriser une forme d'hypocrisie, voire de schizophrénie, dans l'appréciation du rôle de l'autorité publique. À l'égard des modalités d'action de la partie privée, voici l'autorité publique ingénue, sourde, muette et/ou aveugle.

*Pour l'heure, la notion de loyauté probatoire continue de flotter aux quatre vents de l'interprétation. Le comble est qu'elle n'est consacrée ni par le code de procédure pénale ni par la Convention EDH. **Tout le droit pénal (incriminations, peines, procédures) passe désormais au laminoir de la nécessité et de la proportionnalité ; c'est pourquoi le principe de loyauté probatoire devrait aussi être en harmonie avec ces principes de nécessité et de proportionnalité. Qu'une preuve pénale émane d'une partie privée, des agents de l'autorité publique ou qu'elle soit le fruit de leurs agissements successifs ou combinés, seule la déloyauté qui n'est ni nécessaire ni proportionnée mérite véritablement d'être sanctionnée.***

En prenant notamment en compte, pour apprécier cette nécessité et cette proportionnalité, le cadre procédural et la gravité de l'infraction. Dans cette perspective, il serait envisageable d'admettre la participation nécessaire et proportionnée de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée.

Encore faut-il s'entendre sur la nécessité et la proportionnalité de cette participation.

Participation nécessaire ?

Lorsque l'autorité publique, sur la base d'indices graves ou (et?) concordants laissant penser qu'une infraction est préparée, commise ou tentée, est dans l'impossibilité de recourir au même procédé probatoire que celui utilisé par la partie privée.

Participation proportionnée ?

Lorsque l'infraction concernée dépasse un certain seuil de gravité.

L'encadrement du principe de loyauté probatoire par les principes de nécessité et de proportionnalité (deux notions qui figurent dans le code de procédure pénale) serait une solution sage et pragmatique.

Sage parce que la fin ne saurait aucunement justifier les moyens.

Pragmatique parce qu'une marge de manoeuvre plus grande serait donnée aux enquêteurs et aux magistrats.

Ce faisant, cela pourrait limiter le contentieux de la déloyauté probatoire, lequel a ici été poussé à son paroxysme. Elle réduirait aussi l'écart qui existe actuellement entre l'appréciation des agissements des agents de l'autorité publique et celle du comportement des parties privées. Au regard de son champ d'application *ratione materiae*, le principe de loyauté probatoire suscite parfois un prêchi-prêcha à sens unique. Pourtant à vouloir faire la morale à tout crin, certains comportements émanant de personnes privées (comme par exemple de journalistes) sont tout aussi blâmables que certaines méthodes policières.

La place croissante prise par le principe de loyauté probatoire en matière pénale pose plus fondamentalement la question de la recherche de la vérité comme objectif du procès pénal.

De ce point de vue, l'évolution de la jurisprudence doit être mise en parallèle avec la multiplication des dispositifs transactionnels.

La réflexion doit également intégrer les conditions inacceptables dans lesquelles travaillent bon nombre de parquets (livre noir du ministère public, Conférence nationale des procureurs de la République, juin 2017). Il importe de ne pas oublier que ce sont les parquets qui dirigent les investigations pénales dans la quasi-totalité des affaires et qui sont les premiers contrôleurs du principe de loyauté. En l'état du droit positif et de leurs conditions de travail, c'est peu dire que leur tâche est malaisée.

Dans ce contexte, il ne reste plus qu'à espérer un affinement de la jurisprudence de la Cour de cassation ou une intervention législative.

En ayant l'impression que le réel est à nouveau reporté à une date ultérieure ...”

- C. Ribeyre, “Quand loyauté rime avec imprévisibilité !”, *Semaine juridique*, éd. Générale, n°52, 25 décembre 2017, 1376 :

“La loyauté est une notion trop malléable pour satisfaire aux exigences de prévisibilité de toute règle de procédure pénale. Elle laisse une grande marge d'appréciation au juge, lui-même confronté aux aléas de la preuve de l'opération déloyale.

Personne ne sait véritablement ce qu'est la loyauté de la preuve pénale, principe moral s'il en est. Il paraît plus facile de définir ce qu'est une preuve déloyale : c'est une preuve obtenue au prix d'un stratagème qui n'est pas digne de la justice pénale. (P. Bouzat, *Mélanges Hugueney, Sirey*, 1964, p.155).

Cette définition en négatif justifie que l'approche juridique soit différente selon l'auteur de la déloyauté, autorité publique ou partie privée.

Reste qu'une situation intermédiaire peut exister entre le piège tendu par un particulier et celui tendu par des policiers, dont le traitement juridique s'avère délicat : que décider en cas de preuve illicite produite par un particulier mais qui s'est entouré d'une certaine façon du concours ou du soutien des enquêteurs ?

La Cour de cassation refuse qu'un procédé illicite ou déloyal ait été employé sur intervention directe ou indirecte d'un agent public (crim. 31 janvier 2012) (...)

En définitive, cet arrêt de l'AP n'est pas un arrêt de principe : il s'agit de rappeler l'office du juge de cassation qui ne consiste pas à substituer son appréciation des faits à celle des juges du fond....

La CEDH ne devrait pas trouver à redire à cette décision de contrôle a minima de la déloyauté.”

- A. Maron et M. Haas, “salto arrière royal”, *Droit pénal* n°2, février 2018, comm. 37 :

“La contrariété entre la solution apportée par cet arrêt et celle de l'arrêt précédent de la chambre

criminelle (du 20 septembre 2016) nous paraît plus tenir à la présentation des faits faite par la chambre de l'instruction qu'à une véritable divergence entre la chambre criminelle et la formation la plus solennelle de la Cour.

“Da mihi factum, tibi dabo jus” : à histoire contée différemment, solution juridique différente.”

- *“Contours de la déloyauté”, chronique semaine juridique, 16 avril 2018, doct. 469*

“Si la consécration du principe de loyauté des preuves par l'Assemblée plénière avait été remarquée (arrêt du 6 mars 2015), les difficultés liées à l'appréciation du caractère déloyal ou non d'une preuve sont remarquables, tant les décisions rendues peinent à préciser les contours de la déloyauté (ces difficultés ne sont pas nouvelles : cf. Ph. Conte, “la loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?”, Dt pénal 2009, étude 8).

Hormis l'hypothèse de la provocation à la commission d'une infraction, laquelle conduit à rejeter les preuves obtenues, il est parfois délicat d'apprécier le rôle joué par les enquêteurs lors de l'obtention de la preuve litigieuse.

Par cette décision du 10 novembre 2017, la Cour révèle le caractère ténu de la distinction entre participation indirecte et absence de participation, selon que les enquêteurs ont eu un rôle actif ou passif. Si le critère peut paraître pertinent, il n'est pas sans soulever des critiques, en ce que l'on peut considérer que le “laisser -faire” des enquêteurs, à défaut de caractériser un rôle actif, encourage les parties privées à l'utilisation de moyens déloyaux. Un tel “laisser faire” aurait donc pu, ou dû, être sanctionné.”

Ainsi, la doctrine est unanime pour souligner la difficulté, voire l'impossibilité, d'élaborer une définition juridique précise de la déloyauté dans l'obtention de la preuve et pour constater qu'il s'agit d'une notion dont l'application est fluctuante, voire imprévisible, et laissée plus ou moins à l'appréciation des juges du fond, sous un contrôle atténué de la Cour de cassation.

Une grande majorité des auteurs reconnaissent que le principe selon lequel l'autorité publique ne doit pas intervenir dans l'obtention de la preuve par un particulier, même indirectement, est acquis mais soulignent le caractère ténu de la distinction entre absence de participation et participation indirecte, rôle actif et rôle passif.

La difficulté étant de “mesurer la déloyauté condamnable”, plusieurs auteurs évoquent la nécessité d'apprécier la déloyauté au regard de l'atteinte à un droit fondamental ou processuel de la personne poursuivie, l'un d'eux souhaitant encadrer ce principe de la loyauté de la preuve par les principes de nécessité et de proportionnalité.

5. Le principe de loyauté de la preuve dans la présente affaire.

Observation préliminaire : bien que l'on soit dans le cadre d'une tentative de chantage avec une victime qui vient chercher du secours auprès des services de police après dénonciation des faits, le rôle joué par l'enquêteur, en travaillant sous pseudonyme comme représentant de la victime, se situe dans un cadre conceptuel totalement différent de celui de l'affaire “du roi du Maroc”. Car la preuve n'est plus recueillie par la victime et remise aux services enquêteurs, elle est purement et simplement recueillie par les services enquêteurs eux-mêmes, avec des écoutes ordonnées et réalisées légalement. Ce n'est donc pas le rôle, actif ou passif, de la police qui est en question, mais la définition du stratagème déloyal.

5-1. Quelques commentaires d'auteurs¹¹⁰ sur l'arrêt rendu dans la présente affaire par la chambre criminelle le 11 juillet 2017¹¹¹ :

– G. Pitti, “L'affaire de la sextape : on ne dribble pas le principe de loyauté des preuves !”, GP, n°31, page 18, 19 septembre 2017 :

Après avoir rappelé que l'infraction de chantage prévue par l'article 312-10 du code pénal n'est pas prévue dans les exceptions au principe de la loyauté de la preuve encadrées par la loi en application de l'article 706-96, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale (qui autorise dans les affaires de criminalité et délinquance organisées, de terrorisme et de diffusion d'images pédopornographiques, sous contrôle du juge des libertés et de la détention, la prise de contact par les OPJ avec des mis en cause et la captation et l'enregistrement des propos de suspects), et avoir souligné qu'il appartenait donc au service enquêteur d'utiliser les méthodes d'investigation “de droit commun”, l'auteur considère que la chambre criminelle a opéré une appréciation in concreto et finaliste de l'intervention des enquêteurs et que le comportement du policier a été similaire à celui des enquêteurs dans l'affaire Schuller-Maréchal¹¹² puisque les malfaiteurs avaient été inactifs durant deux mois dans celle-ci et près d'un mois dans la présente espèce. (...).

“D'aucuns considéreraient que le raisonnement de la chambre criminelle est empreint d'angélisme, l'efficacité de la réponse pénale devant justifier l'appréhension de maîtres-chanteurs qui étaient déjà en possession de la vidéo litigieuse. Pourtant, comme l'a mis en exergue le premier avocat général Boccon-Gibod¹¹³ : “il est irrecevable, et en vérité dangereux, de fonder la légitimité d'un procédé sur son efficacité quand il n'est pas prévu par la loi. Irrecevable parce qu'un tel principe revient précisément à renier tous les principes, dangereux parce que le risque de fragilisation de la procédure rend illusoire l'espoir de parvenir à ce qui pourrait ressembler à une vérité qui, en définitive, ne pourrait être exploitée en raison des vices de procédure”.

Dans une société démocratique, la bonne administration de la justice, laquelle a pour corollaire la loyauté des preuves, ne saurait être sacrifiée sur l'autel de l'opportunité. À choisir, l'éthique de la justice prévaut sur une certaine éthique sportive...”

– J-B. Perrier, “Le fair play de la preuve pénale”, AJ Pénal 2017, p. 436 :

“Principe “chevaleresque”, la loyauté relève de ces normes de conduite semblant devoir être respectées par tous mais dont la teneur et la sanction sont difficiles à déterminer en l'absence de consécration textuelle. Appliqué à la recherche des preuves pénales, le principe renvoie également à une certaine idée de la dignité de la justice, ce fondement flou renforçant toutefois son imprécision. Les mêmes interrogations et imprécisions se retrouvent s'agissant de l'éthique des affaires, de la déontologie de la vie publique ou encore du *fair play* en matière sportive, à propos desquels on peine parfois à distinguer les comportements admis, ceux devant être encouragés et ceux devant être sanctionnés. Dans la présente affaire, la Chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler son attachement au principe de loyauté, consacré avec force le 6 mars 2015 par l'Assemblée plénière, mais sans apporter plus de précisions (...).

Pourtant contraire au principe de loyauté, l'admission de preuves déloyales est une réalité : la déloyauté de certaines preuves est admise, sous réserve de respecter les règles prévues par le code de procédure pénale. (...). En l'absence de règles spéciales, la preuve obtenue est soumise au contrôle du respect des règles générales, parmi lesquelles se trouvent le respect du contradictoire ou du principe de loyauté. L'articulation entre licéité et loyauté se complexifie (...).

¹¹⁰ Voir aussi : A. Maron et M. Haas, “Preuve - galipettes de fouteux et loyauté”, Droit pénal n°10, octobre 2017, comm. 154

¹¹¹

dont les termes sont reproduits ci-avant dans la partie “faits et procédure”.

¹¹²

[Crim., 27 février 1996, n°95-81.366, Bull. Crim. 1996, n°93](#)

¹¹³

Avis à l'occasion de l'arrêt [Ass, Plén., 6 mars 2015, pourvoi n° 14-84.339, Bull. Crim 2015, Ass, plén. n°2](#) (affaire des cellules contiguës)

S'agissant, dans cette espèce, de la dissimulation d'identité au cours d'une conversation téléphonique, aucune règle ne l'interdit. Toute la question est alors celle de sa licéité et donc de sa loyauté (...).

La Cour de cassation applique ce principe avec une exigence particulière lorsque la preuve est rapportée par un agent de la force publique. (...)

On peut sans difficulté considérer qu'en l'espèce, si la preuve avait été obtenue par la victime et selon les mêmes méthodes, cette preuve aurait été recevable, sous réserve d'être soumise au débat contradictoire.

– A-S. Chavent-Leclère, “Le principe de loyauté prohibe tout stratagème policier”, *Procédures* n°10, octobre 2017, comm. 244 :

“La présente décision confirme dans une affaire particulièrement médiatique l'application désormais rigoureuse qu'entend faire la Cour de cassation du principe de loyauté en matière de recueil de preuves par l'autorité publique.

Elle réitère ainsi sa jurisprudence qui avait, en 2014, substitué à l'exigence d'une machination ([Crim., 27 février 1996, pourvoi n°95-81.366, Bull. Crim. 1996, n°93](#))¹¹⁴ celle d'un stratagème ([Crim., 7 janvier 2014, pourvoi n°13-85.246, Bull. Crim. 2014, n°1](#) ; [Crim., 28 octobre 2014, pourvoi n°14-81.127, Bull. Crim. 2014, n°216](#)) puis en 2016 celle de participation indirecte de la police à l'obtention d'une preuve illicite ([Crim., 20 septembre 2016, pourvoi n°16-80.820, Bull. Crim. 2016, n°244](#)).

Dans cette espèce, la combinaison de l'utilisation d'un pseudonyme par le policier et sa participation particulièrement active aux prises de contact et discussions ont naturellement conduit les Hauts magistrats à sanctionner - en dépit du caractère continu de l'infraction reprochée - une provocation manifeste à cette dernière.

La chambre de l'instruction n'aura à l'évidence d'autre choix que d'annuler l'ensemble des interceptions dont la Cour de cassation a précisé “qu'elles ont conduit à l'interpellation des mis en cause”, et sans nul doute les mises en examen dont on imagine assez mal l'absence de subséquence.”

5-2. Par arrêt du 8 novembre 2018, la chambre de l'instruction de Paris, cour d'appel de renvoi, après un exposé détaillé des faits révélés par l'information, a dit les requêtes recevables et, au fond, a dit n'y avoir lieu à annulation de pièces de la procédure avec les motifs critiqués ci-dessous reproduits :

“Considérant que la procédure porte notamment sur l'infraction de tentative de chantage ou complicité de tentative de chantage ; que le chantage, infraction instantanée, n'est consommé que lorsque la contrepartie a été obtenue ; que le commencement d'exécution de la tentative de chantage recouvre donc les faits qui précèdent et tendent à la remise ; que cette infraction nécessite plusieurs actes matériels de nature différente se succédant sur une période de temps relativement étalée, chacun de ces actes étant en relation l'un avec l'autre, ressortant d'un dessein d'ensemble de sorte qu'ils ne peuvent être appréciés isolément ; que ces actes successifs forment une indivisibilité dès lors qu'ils sont dans un rapport de dépendance étroit, et sont la suite nécessaire l'un de l'autre ; qu'ainsi la tentative de chantage, infraction instantanée, apparaît-elle de manière plus précise comme étant une infraction instantanée et complexe composée de plusieurs actes matériels différents et indivisibles ;

Considérant que C... D... a déposé plainte le 8 juin 2015, alors que l'infraction était déjà en train de se structurer ; qu'en effet l'acquisition frauduleuse de la vidéo par F..., les tractations répétées entre les mis en cause pour trouver le meilleur moyen de faire chanter D..., les appels téléphoniques et par messagerie à ce dernier pour parvenir à leurs fins, l'ordre à lui donné de se trouver un intermédiaire pour négocier et se rendre à ALGER dans un premier temps puis à Paris le 13/10

dans un second temps, le rendez-vous du 6/10 à Clairefontaine où X... fait pression sur M D... sont autant de faits de nature différente, se succédant sur plusieurs mois qui ne sont commis qu'en relation les uns avec les autres, dans le dessein unique d'obtenir la remise des fonds par D...; que cet ensemble de faits constitue un tout indivisible qui constitue l'infraction de tentative de chantage ou de complicité de tentative de chantage ;

Considérant que le commissaire de police N... K... qui a servi d'intermédiaire à D... s'est inséré dans ce processus infractionnel indivisible et n'a en aucune manière provoqué les malfaiteurs à la commission de l'infraction ; que son intervention, si elle a permis la constatation de l'infraction dénoncée par C... D... n'en a pas déterminé sa commission ; 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 fonds par M D... ;

Considérant dès lors que l'action du commissaire de police ainsi décrite s'inscrivant dans le cours de la réalisation de l'infraction instantanée et complexe de tentative chantage, ne constitue ni un stratagème ou une machination ayant été de nature à déterminer les agissements délictueux, portant atteinte à la loyauté de la preuve, ni une provocation ayant été de nature à inciter les mis en examen à commettre une infraction qu'autrement ils n'auraient pas commise ; que le moyen tiré de la déloyauté de la preuve devra être rejeté ;”

5-3. Les mémoires des parties

MM. X... et Y...

La liberté de la preuve trouve sa limite dans le respect du principe de loyauté, qui a pour “objet d’interdire à celui qui administre la preuve l’utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes” ¹¹⁵, la loyauté de la preuve étant selon un autre auteur “une manière d’être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l’individu et à la dignité de la justice” ¹¹⁶.

Sont ainsi strictement prohibées les provocations policières à la commission de l’infraction ([Crim. 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84.837, Bull. Crim. 2006, n°132](#)), la chambre criminelle ayant déjà en 1996 considéré que porte atteinte au principe de loyauté dans la recherche des preuves une interpellation réalisée par un enquêteur et procédant d’une machination de nature à déterminer les agissements délictueux, ce stratagème ayant eu pour effet de vicier la recherche de l’établissement de la vérité ([Crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366, Bull.crim. 1996, n°93](#)).

C’est dans le fil droit de cette jurisprudence que la chambre criminelle a rappelé, par un arrêt de principe et dans la présente espèce, 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 l’autorité publique” ([Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n°17-80.313, Bull. Crim. 2017, n°208](#))

Il résulte donc de cette jurisprudence que c’est essentiellement en considération du caractère actif ou passif des enquêteurs qu’est apprécié le respect du principe de loyauté de la preuve ([Crim., 14 avril 2015, pourvoi n°14-87.914, Bull. Crim. 2015, n°87](#) ; [Ass Plén., 10 novembre 2017, pourvoi n°17-82.028, Bull. Crim. 2017, Ass. Plén, n°2](#)).

Et la doctrine en déduit que, “s’agissant de la prohibition des procédés tendant à éluder les protections légales, la Chambre criminelle semble retenir comme premier critère pour définir le

115

S. Guinchard, J. Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, 7^{ème} éd. N°570

116

P. Bouzat, “La loyauté dans la recherche des preuves”, *Mélanges Huguency*, Sirey, 1964, p.172

stratagème la caractérisation d'un acte positif de l'autorité publique".¹¹⁷

Cette prohibition établie en droit interne rejoint celle qui découle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui protège notamment le droit à un procès équitable et les droits de la défense (CEDH, *arrêt du 22 juillet 2003, Edwards et Lewis c. Royaume Uni*, n° 39647/98 et 40461/98, §49 ; CEDH, *arrêt du 4 novembre 2010, Bannikova c. Russie*, n°18757/06, §§ 37-50).

L'interdiction de l'incitation des policiers à commettre des infractions a pourtant été manifestement bafouée en l'espèce, les enquêteurs ayant reçu du procureur de la République la consigne de "se substituer à la victime dans les négociations", puis ayant pris l'initiative de "relancer leur interlocuteur" le 15 juillet 2015 alors qu'ils n'avaient plus de nouvelle depuis le 20 juin, n'ayant eu de cesse de pousser l'ensemble des protagonistes à réclamer une contrepartie et à en fixer le montant.

On ne saurait prétendre que les mêmes faits auraient eu lieu et que les échanges se seraient poursuivis si "Lukas" n'avait pas, à plusieurs reprises, appelé "A..." pour démarrer de nouvelles discussions et fait pression sur ce dernier en indiquant que M. D... était, par exemple, prêt à tout révéler à sa famille.

C'est ce qui avait justifié la cassation prononcée le 11 juillet 2017 à l'encontre de l'arrêt du 15 décembre 2016 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles, la chambre criminelle ayant alors conclu à l'existence d'un stratagème de nature à vicier la recherche de la preuve.

M. Z...

Il soutient que l'intervention d'un OPJ dans les négociations, sans qu'il s'identifie et en ayant préalablement eu recours à un pseudonyme, afin d'entretenir de nombreuses conversations téléphoniques pendant plusieurs mois, dont plusieurs à sa propre initiative et dont certaines ont fait l'objet d'écoutes ayant permis l'identification et l'interpellation des personnes mises en examen, est constitutif d'un stratagème déloyal ayant à tout le moins vicié la recherche des preuves.

Il estime que sans ces contacts entretenus volontairement par le policier, sous couvert d'anonymat, et notamment les initiatives des 15 juillet et 6 octobre 2015, aucune identification n'aurait été possible.

M. D...

Dans ses mémoires en défense et observations complémentaires, il rappelle la jurisprudence (Crim., 7 janvier 2014, pourvoi n°13-85.246, Bull. Crim. 2014, n°1 ; "1^{ère} affaire du roi du Maroc" et Ass. plén., 10 novembre 2017, pourvoi n°17-82.028, Bull. Crim. 2017, Ass. Plén, n°2 ; Crim., 15 décembre 2015, n°15-84.373, 14-87.935, Bull. Crim. 2015, n°293) et la doctrine en la matière, avant de souligner que l'enquêteur n'était pas l'initiateur du procédé et que c'est M. Z... qui a demandé d'avoir un intermédiaire comme interlocuteur, que "Lukas" était bien le "représentant" de M. D..., que le seul fait d'user d'un pseudonyme n'est pas en soi déloyal, que MM. X... et Y... n'ont jamais été en contact avec l'OPJ et qu'aucun de leurs droits n'a été atteint, et de conclure qu'il n'y a pas eu en l'espèce de provocation à l'infraction, que pour établir un procédé déloyal encore faut-il préciser quelle disposition limitant les pouvoirs d'enquête a été contournée.

5-4. Quelques observations sur certaines techniques d'enquête : infiltration et emploi d'un pseudonyme à l'occasion d'une enquête pénale.

> L'emploi d'un pseudonyme à l'occasion d'une enquête pénale, comme en l'espèce, ne doit pas être confondu avec "l'enquête sous pseudonyme", dont on sait qu'au sens des textes applicables

en matière pénale elle est le pendant numérique de la technique d'infiltration.

Il s'agit d'une forme d'infiltration qui permet aux enquêteurs de recourir à des pseudonymes pour infiltrer des réseaux internet et obtenir des informations sur des infractions et des suspects. Elle se conçoit comme une infiltration numérique et permet aux officiers et agents de police judiciaire de participer à des échanges électroniques en se faisant passer pour des amateurs de contenus illicites.

La loi du 23 mars 2019 a abrogé les différents articles relatifs à l'enquête sous pseudonyme pour en insérer un nouveau à l'article 230-46 de ce code. Ce texte crée au sein du code de procédure pénale un régime unique relatif à la procédure applicable à l'enquête sous pseudonyme. Il étend la possibilité pour les enquêteurs d'acquérir et de transmettre des produits ou contenus illicites, après autorisation du magistrat en charge de l'enquête.

L'objectif essentiel de ces textes, avant comme depuis la loi de 2019, outre l'encadrement des modalités d'investigation, est d'éviter la responsabilité pénale de ces agents infiltrés.

> Il importe de rappeler qu'aux termes de l'article 706-81 du CPP, l'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, 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. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82.

> En l'espèce, le procédé utilisé ne consistait pas en une infiltration, **le policier ne s'étant pas fait passer pour complice, receleur, coauteur des personnes "suspectées"**, et l'emploi du pseudonyme Lukas ne s'insérait pas dans le cadre d'une "enquête sous pseudonyme".

Un tel procédé a déjà été validé par la chambre criminelle, notamment dans un arrêt du 25 octobre 2000 ([Crim., pourvoi n°00-80.829, pourvoi n°00-80.829, Bull. Crim. 2000, n°317](#)) : *le fait pour un enquêteur d'utiliser un pseudonyme pour se connecter à un service de messagerie n'était pas déloyal et il ne pouvait être exigé d'un policier en civil de décliner sa qualité, d'autant plus que la règle sur le réseau consistait justement à adopter un pseudonyme.*

5-5. Quelques éléments de discussion :

> Ce n'est que si la première branche du moyen du pourvoi de MM. X... et Y... et, le cas échéant, les moyens similaires présentés par M. Z... étaient jugés recevables que l'assemblée plénière devra s'interroger sur l'application du principe de loyauté de la preuve indépendamment de la question de la provocation à la commission de l'infraction.

> Outre quelques questions spécifiques à l'affaire :

- la chambre de l'instruction, juridiction de renvoi, a-t-elle à bon droit dit qu'il n'y avait pas eu de violation du principe de la loyauté de la preuve, par une motivation appropriée, ou a-t-elle méconnu "la doctrine" de l'arrêt de la chambre criminelle en date du 11 juillet 2017 ?

- au regard de la jurisprudence développée ces dernières années par la Cour et du précédent arrêt rendu en cette affaire, une nouvelle cassation (avec en ce cas obligation pour la juridiction de renvoi de suivre la décision de l'Assemblée plénière) est-elle inévitable ?

- ressort-il de l'ensemble des éléments de l'enquête que, comme le soutiennent les demandeurs au pourvoi, la combinaison de ces faits : se faire passer pour le représentant de M.D..., l'utilisation du pseudonyme et les interventions de "Lukas", par leur nombre, leurs dates, leurs modalités, la teneur des propos tenus, constitue un stratagème déloyal dans l'obtention de la

preuve, au sens de l'arrêt du 11 juillet 2017 et de la jurisprudence récente de la Cour ?

- ou bien la rédaction de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 novembre 2017, rendu quelques mois après l'arrêt de cassation rendu par la chambre criminelle en la présente affaire (le 11 Juillet 2017), est-elle de nature, soit à permettre une autre vision des circonstances de l'espèce, soit à exercer sur l'appréciation des faits par la chambre de l'instruction un contrôle différent de celui qu'avait précédemment opéré la chambre criminelle ?

- la circonstance que Lukas soit intervenu comme le représentant du plaignant, avec l'accord de son interlocuteur, dissimulant lui aussi son identité et lui-même mandaté par les présumés maîtres-chanteurs, est-elle de nature à influencer sur l'appréciation de la déloyauté ?

- la chambre de l'instruction a-t-elle eu tort de qualifier l'infraction de tentative de chantage comme elle l'a fait, pour écarter toute provocation à la commission de l'infraction (seconde branche du moyen du pourvoi de MM. X... et Y...) ?

nous aurons à débattre de questions plus générales :

> Comment apprécier la loyauté dans l'administration de la preuve et déterminer le seuil d'une déloyauté viciant la recherche de la preuve ?

> La déloyauté d'un procédé pourrait-elle s'apprécier au regard de la nature de l'infraction en cause ou des droits ou principes auxquels il est porté atteinte ? En ce cas, l'atteinte à la vie privée du plaignant et la nature de l'objet détenu par les prétendus maîtres-chanteurs pourraient-elles justifier le procédé utilisé par les enquêteurs ?

> Si la Cour tentait de faire de la "prospective", à l'aune de la jurisprudence de la CEDH, le procédé utilisé a-t-il privé les requérants de toute chance d'avoir un procès équitable ?

et, le cas échéant, sur un plan technique, à examiner si :

>> les conditions d'un rejet du moyen par substitution de motifs sont remplies, ¹¹⁸

>> ou si la rédaction du dernier considérant de l'arrêt attaqué rend inévitable une nouvelle cassation.

C'est en considération de l'ensemble de ces éléments que l'Assemblée plénière devra se prononcer sur les mérites des pourvois.