



COUR DE CASSATION

**Assemblée plénière du 25 novembre 2019
Arrêt n°650 du 09 décembre 2019
(Pourvoi n°18-86.767)**

AVIS ORAL DE M. DESPORTES, premier avocat général

**M. X...
M. Y...
M. Z...**

Madame la première présidente,
Mesdames et Messieurs les présidents de chambre,
Mesdames et Messieurs les doyens et conseillers,

C'est la troisième fois au cours de ces cinq dernières années que la formation la plus solennelle de votre Cour est appelée à préciser le sens et la portée du principe de loyauté des preuves en matière pénale. Ce simple constat met en évidence la nécessité de clarifier la ligne de partage entre stratégies licites et stratagèmes déloyaux dans la recherche et la constatation des infractions.

Le principe de loyauté est de ceux qui suscitent un consensus immédiat. Il est en effet difficile de soutenir que le procès pénal devrait être conduit de façon déloyale. Mais, dès que l'on cherche à donner un contenu au principe, le consensus se défait et les opinions les plus diverses s'expriment comme en témoigne l'abondance de la littérature juridique sur le sujet. La doctrine s'interroge sur le sens et la portée, dans le procès pénal, de cette exigence chevaleresque. La difficulté vient de ce qu'en dépit de quelques tentatives, le législateur n'a jamais consacré, pour l'explicitier, un principe d'origine prétorienne. Il nous semble cependant que la présente affaire pourrait être l'occasion de dissiper quelques brumes. La réflexion doctrinale et la jurisprudence sont parvenues à un degré de maturité qui le permet.

La déloyauté en procédure pénale recouvre en réalité deux sortes de manquements : d'une part, la provocation à la commission de l'infraction et, d'autre part, selon une expression doctrinale, la provocation illicite à la preuve. MM. X... et Y... soutiennent que, dans l'affaire qui nous occupe, la déloyauté était caractérisée dans ces deux formes, étant précisé que les moyens proposés pour M. Z... de ce chef ne peuvent qu'être déclarés irrecevables dès lors que la cassation de l'arrêt de la chambre de l'instruction de Versailles n'est pas intervenue sur son pourvoi. Nous examinerons donc successivement si la chambre de l'instruction de Paris a écarté à tort l'existence d'une provocation à la commission de l'infraction et, dans la négative, si elle aurait dû retenir l'existence d'une provocation illicite à la preuve.

1.- La provocation à la commission de l'infraction est la forme la plus grave de déloyauté - on pourrait dire son noyau dur. Elle revient, en effet, pour les enquêteurs, à fabriquer des infractions et donc des coupables ce qui, bien entendu, est la négation absolue des principes du procès équitable.

La Cour européenne des droits de l'homme lui a consacré une abondante jurisprudence dans laquelle s'inscrit celle de la Chambre criminelle. Sans entrer dans le détail de cette jurisprudence, illustrée notamment par l'arrêt de grande chambre *Ramanauskas c/ Lituanie* du 5 février 2008, il est possible d'en tirer deux axiomes.

Premier axiome : on ne peut provoquer qu'à une infraction qui n'a pas déjà été commise ou qui n'est pas en train de se commettre. Il va de soi qu'un enquêteur ne peut être considéré comme ayant provoqué à la commission de l'infraction si, lors de son intervention, la personne concernée était déjà impliquée comme auteur ou complice dans une activité délictueuse. La Cour de Strasbourg se montre plutôt souple dans l'appréciation de cette circonstance. Pour elle, l'activité délictueuse est préexistante si - nous la citons - *lors de l'intervention de l'agent, il existait des soupçons objectifs selon lesquels le requérant avait été mêlé à une quelconque activité criminelle ou avait une propension à s'y livrer*. Tel est le cas, au premier chef, lorsque, au moment de l'intervention de l'enquêteur, l'infraction est en train de se commettre. A titre d'illustration, dans son arrêt *Blaj c/ Roumanie* du 8 avril 2014, la Cour de Strasbourg a jugé qu'il n'y avait pas provocation à l'infraction dans le fait, de la part d'une personne ayant fait l'objet d'une offre de corruption, de participer, sur instructions de la police, à des échanges avec le corrupteur et de remettre à celui-ci une enveloppe de billets pour le confondre. Dans cette affaire, la police a cherché, non à provoquer la commission du délit de corruption, mais à constater un délit de corruption en train de se commettre.

Second axiome : l'interdiction de la provocation, ce n'est pas la condamnation à la passivité. La Cour européenne a admis au contraire le recours aux agents infiltrés qui se font passer, auprès des personnes suspectes, pour des coauteurs, complices ou receleurs. Or, il va de soi que ces agents sont actifs puisque, précisément, ils participent, dans certaines limites, à l'activité délictueuse pour mieux en établir la preuve et en identifier les auteurs. Selon les termes des arrêts de la Cour européenne, il n'y a pas provocation à l'infraction si les agents se *sont simplement greffés sur une activité criminelle en cours, s'ils se sont simplement "associés" aux actes criminels* sans en être à l'origine - même si leur intervention a nécessairement une incidence sur le cours des événements.

A la lumière de ces deux axiomes, il ne nous semble pas qu'il soit possible de retenir en l'espèce une provocation à la commission de l'infraction.

En effet, par hypothèse, l'activité délictueuse était déjà en cours lorsque, sur instructions du procureur de la République, le commissaire de police est intervenu pour représenter la victime sous le pseudonyme de Lukas puisqu'il s'agissait de démasquer les auteurs de la tentative de chantage dont faisait l'objet M. D.... Rappelons que celui-ci était sous la menace de la révélation d'une vidéo à caractère sexuel dans laquelle il apparaissait et venait de déposer plainte pour extorsion de fonds. On ne voit pas comment soutenir que le policier aurait provoqué la commission d'une infraction qui était déjà entrée dans sa phase d'exécution.

Les demandeurs le contestent cependant. Mais leur contestation repose sur une conception de la tentative qu'il ne nous paraît pas possible d'admettre. Rappelons qu'aux termes de l'article 121-5 du code pénal, il y a tentative lorsque l'infraction a fait l'objet d'un commencement d'exécution. Celui-ci n'est pas punissable s'il s'est interrompu par l'effet d'un désistement volontaire de l'auteur. Il l'est au contraire si l'interruption résulte de circonstances indépendantes de sa volonté, souvent en pratique l'intervention de la police.

Les demandeurs soutiennent que la tentative est consommée dès le premier acte s'analysant en un commencement d'exécution de sorte que tout nouvel acte pouvant s'analyser de la même

manière serait constitutif d'une nouvelle tentative. Cela leur permet de soutenir que le policier aurait provoqué l'accomplissement d'actes constitutifs de commencements d'exécution caractérisant autant de nouvelles tentatives, distinctes de celle ayant précédé son intervention. Mais, outre qu'il aboutit à une impasse logique, ce raisonnement n'est pas conforme à la loi. La tentative n'est pas consommée par le commencement d'exécution. Le commencement d'exécution ne marque que le début du processus délictueux, fait d'un enchaînement d'actes, tendu vers la commission de l'infraction - et donc, la consommation de celle-ci. Tant que l'infraction n'est pas commise - et donc consommée - la tentative est en cours. Il s'agit de la même tentative.

La seule question pertinente était donc de savoir si le policier n'avait pas empêché un désistement volontaire ou s'il n'avait pas relancé le processus délictueux après un désistement volontaire. Il est certain qu'en pareil cas, il y aurait eu provocation à la commission de l'infraction.

Mais, pour retenir, en l'espèce, une telle analyse, il faudrait considérer, d'une part, que certaines pauses dans le processus, comme le silence gardé par le correspondant du policier entre le 20 juin et le 15 juillet 2015, s'analyseraient en un désistement volontaire et, d'autre part, que le policier aurait amené le maître chanteur présumé à revenir sur ce désistement.

Outre que cela n'est pas véritablement soutenu par les demandeurs, la chambre de l'instruction a écarté un tel scénario en énonçant très clairement - nous la citons - que *"les laps de temps plus ou moins longs entre chaque élément de l'infraction ne sauraient s'assimiler à des désistements de la part des mis en cause dès lors qu'il ressort clairement de la procédure et notamment des écoutes et transcription de SMS que les malfaiteurs avaient, tout au long de la procédure, un plan très abouti pour parvenir à la remise de fond par M. D..."*. Ces motifs échappent largement à votre contrôle qui s'apparente en la matière à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Or, en l'espèce, aucune erreur de cette sorte n'a été dénoncée et encore moins commise.

Ajoutons qu'il est normal et souhaitable que le policier n'ait pas laissé le silence s'installer. En matière de chantage, le silence ne lève pas la menace. Il la fait durer. Tant qu'il n'y est pas mis fin, la victime a toujours, suspendue au-dessus d'elle, l'épée de Damoclès de la révélation.

2.- Il reste à examiner si, à défaut de s'analyser en une provocation à la commission de l'infraction, le procédé mis en oeuvre peut s'analyser en une provocation illicite à la preuve ainsi que le soutiennent les demandeurs à la première branche du moyen, étant précisé que nous ne nous arrêterons pas sur la question de la recevabilité, discutable, de cette branche.

Dans un arrêt du 6 mars 2015 sur lequel nous reviendrons, votre Assemblée plénière a posé en principe que - nous vous citons - *"porte atteinte au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique"*.

De l'énoncé du principe, il résulte que la loyauté, ce n'est pas simplement l'interdiction de la ruse ou de la dissimulation. Il va de soi que l'on ne peut exiger des enquêteurs qu'ils mènent leurs investigations de manière transparente à l'égard des personnes soupçonnées. Le législateur autorise d'ailleurs lui-même, en les encadrant, le recours à toutes sortes de techniques d'investigation clandestines et intrusives de plus en plus sophistiquées : écoutes téléphoniques, sonorisation, captation de données informatiques etc.

Le principe de loyauté est une règle de procédure pénale et donc une condition de légalité des actes de procédure. Il en résulte que la déloyauté d'un stratagème doit être appréciée en considérant ses effets sur la procédure. C'est le sens de la formule de votre Assemblée plénière, dont il résulte que pour être considéré comme déloyal, un stratagème doit avoir vicié la recherche des preuves ou encore, pour reprendre une formule de la Chambre criminelle, éludé les garanties prévues par la loi pour la protection des droits des parties. L'élusion peut procéder d'un détournement ou d'un contournement de la règle de procédure. Autrement dit, la déloyauté

est une manière détournée ou contournée de commettre une illégalité. Sous couvert d'un respect formel de la loi, le procédé déloyal la vide de sa substance.

L'arrêt, déjà cité, de votre Assemblée plénière du 6 mars 2015 en offre une illustration emblématique. Vous avez alors jugé que constituait un procédé déloyal le fait de placer deux personnes en garde à vue dans des cellules contiguës préalablement sonorisées de manière à susciter des échanges entre elles et obtenir ainsi une preuve de leur implication. Considérées séparément, les mesures en présence - la garde à vue et la sonorisation - étaient régulières, mais leur combinaison aboutissait à les détourner de leur finalité pour obtenir des déclarations qui auraient dû normalement être recueillies dans le cadre des dispositions protectrices relatives à l'audition des personnes en garde à vue.

Au cas présent, les enquêteurs, agissant sous la direction du procureur de la République, ont indiscutablement eu recours à un "stratagème". En effet, comme cela est rappelé au moyen, sur les instructions du magistrat, un commissaire de police se présentant comme mandataire de M. K... sous le pseudonyme de Lukas, a mené les négociations avec les présumés maîtres chanteurs. Ce stratagème, qui a permis l'interpellation des personnes mises en cause, ne saurait cependant être regardé comme déloyal. On ne voit pas en effet en quoi la recherche de la vérité se serait trouvée viciée ou quel droit aurait été méconnu par le procédé utilisé. En tout cas, les demandeurs ne le précisent pas dans leur moyen.

Le fait que le procédé ait été mis en oeuvre sur les instructions du procureur de la République apparaît comme une garantie, le contrôle de l'autorité judiciaire étant ainsi assuré. Par ailleurs, en lui-même, le fait, pour un enquêteur, de dissimuler sa qualité en usant d'un pseudonyme est sans conséquence sur les droits de la personne. Cette manière de procéder a été admise par la Chambre criminelle en matière d'infiltration puis d'enquête sous pseudonyme avant même que ces techniques d'investigation ne soient consacrées par le législateur. Elle a encore été admise par elle récemment, en dehors de ces cas de figure.

En particulier, il ne peut être soutenu qu'en procédant comme il l'a fait, le policier aurait éludé les droits de la défense, plus spécialement le droit de se taire. Le policier qui a pris le rôle de représentant de la victime n'a, à aucun moment, procédé à une audition déguisée. Il s'est seulement mis en situation de suivre le processus délictueux afin d'en identifier les participants et d'y mettre un terme.

Au demeurant, si vous considérez que, pour un enquêteur, entrer en relation avec un délinquant sous un pseudonyme méconnaîtrait le droit de se taire, qui est un élément du procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il conviendrait de tenir pour contraires à cet article toutes les dispositions relatives à l'infiltration ou à l'enquête sous pseudonyme. Une telle solution serait évidemment dévastatrice pour la lutte contre la criminalité organisée. Elle serait surtout sans fondement. En effet, dans ses très nombreux arrêts relatifs aux agissements de policiers infiltrés, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais retenu que de tels agissements emporteraient une violation du droit au procès équitable et, notamment, du droit de se taire - en l'absence, bien entendu de provocation à la commission de l'infraction.

La solution serait d'autant plus paradoxale que, si le procédé mis en oeuvre en l'espèce évoque l'infiltration, il s'en distingue sur un point essentiel. Dans l'infiltration, l'enquêteur *se fait passer, auprès des personnes suspectes, comme l'un de leurs coauteurs, complices ou receleurs*. Ici le policier se présente comme le représentant de la victime. La dissimulation est donc de moindre portée. L'enquêteur dissimule certes sa qualité. Mais il ne ment pas sur son rôle : il est bien le représentant de la victime. Si la personne suspecte ignore la qualité de policier de son interlocuteur, elle sait que celui-ci a des intérêts opposés aux siens. A cet égard, un échange entre "Lukas" et son correspondant, reproduit dans l'arrêt attaqué, est éloquent. Le présumé maître chanteur, évoquant ses commanditaires, tient à "Lukas" les propos suivants : *"eux ils te font pas confiance ! Ils te font pas confiance"*. Le policier répond alors, pénétré de son rôle : *"mais ça, c'est normal qu'ils me fassent pas confiance !"* En réalité, il n'y a pas de tromperie sur

l'essentiel.

Il serait tout de même très présomptueux, naïf ou illusoire de la part d'un maître chanteur d'attendre du représentant de sa victime qu'il fasse preuve de loyauté à son égard, autrement dit qu'il l'assiste loyalement dans la commission du délit.

Il n'est pas davantage possible de soutenir - et n'est d'ailleurs pas allégué - que le procédé aurait permis de contourner l'application des dispositions encadrant les atteintes à la vie privée que constituent la sonorisation ou l'interception des correspondances. L'affaire qui vous est soumise se présente de manière très différente de celle ayant donné lieu à votre arrêt du 10 novembre 2017 dans l'affaire dite du Roi du Maroc. Dans cette affaire, la question était de savoir si la victime, qui négociait elle-même avec les maîtres chanteurs présumés, avait procédé à l'enregistrement clandestin de ses conversations, sur instruction des policiers, pour tourner les règles relatives à la sonorisation. Au cas présent, c'est le policier lui-même qui, en lieu et place de la victime, a mené les négociations sans aucun dispositif de sonorisation. La circonstance que certaines de ses conversations téléphoniques avec le maître chanteur présumé aient fait l'objet d'interceptions n'appelle aucune critique, dès lors que la légalité de ces interceptions n'est pas contestée. La combinaison d'une intervention policière sous pseudonyme et d'une écoute téléphonique ne constitue pas en soi un procédé déloyal. Les demandeurs ne soutiennent d'ailleurs pas le contraire.

Au-delà de ces considérations juridiques, nous ajouterons que le but du maître chanteur est de placer la victime en situation de tétanie, de la phagocyter pour la mettre toute entière sous son contrôle. Pour déjouer cette stratégie perverse, briser ce face à face quelque peu mortifère afin de protéger la victime, il est indispensable que les enquêteurs puissent s'interposer. Nul n'en aurait douté un instant si l'enjeu de la négociation avait été la libération d'un otage.

Pour reprendre la fameuse formule du doyen Carbonnier, "*si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas*". En l'espèce, c'est une ruse de guerre - et de bonne guerre - qui a été mise en oeuvre par les policiers sous l'autorité du procureur de la République.

Nous concluons en conséquence au rejet des pourvois.

