



N° N1782028

Décision attaquée : 16 février 2017 de Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims

**M. Eric X..., Mme Catherine Y..
C/
Le Royaume du Maroc**

**Assemblée plénière du
27 octobre 2017**

Rapporteur : Véronique Slove

RAPPORT

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie des pourvois formés par M. Eric X... et Mme Catherine Y.. contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims du 16 février 2017, qui, sur renvoi après cassation (Crim., 20 septembre 2016, n°16-80.820), dans l'information suivie contre eux des chefs de chantage et extorsion de fonds, a rejeté leur demande en annulation de pièces de la procédure.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 20 août 2015, Me Boussier, avocat au barreau de Paris, dénonçait au procureur de la République de Paris des faits qualifiés de chantage et extorsion de fonds. Il exposait que M. X..., journaliste français, auteur avec Mme Y.. d'un livre publié en mars 2012 aux éditions du Seuil intitulé "Le Roi prédateur", sous-titré "Main basse sur le Maroc" et consacré au roi Mohamed VI, avait contacté téléphoniquement le secrétariat particulier du roi du Maroc le 23 juillet 2015 ; que, mandaté par le directeur du secrétariat particulier, Me Z... avocat marocain, avait pris contact avec M. X..., qu'un rendez-vous avait été fixé le 11 août 2015 à Paris, rencontre au cours de laquelle M. X... avait fait état du projet d'un nouvel ouvrage, faisant suite à celui publié en 2012, qui devait être également publié au Seuil et co-écrit avec Mme Y., ouvrage susceptible de contenir des informations préjudiciables au roi du Maroc, et à la publication duquel il était prêt à renoncer contre le paiement d'une somme de 3 millions d'euros.

Etait jointe à cette plainte la retranscription d'un enregistrement que Me Z... indiquait avoir effectué lors de sa rencontre avec M. X....

Les enquêteurs exploitaient cet enregistrement et mentionnaient qu'il était de mauvaise qualité et que de nombreux passages étaient inaudibles, notamment les propos du journaliste mais que, toutefois, il permettait de comprendre qu'il y était question d'une transaction au terme de laquelle M. X... et Mme Y.. renonçaient à publier des informations sur le roi du Maroc moyennant une contrepartie financière "conséquente", Me Z... souhaitant, de son côté, obtenir "des gages de la crédibilité de toutes ces informations pour pouvoir mettre en face des montants".

Le jour même, le procureur de la République ordonnait l'ouverture d'une enquête préliminaire.

Me Z... était entendu dans la matinée du 21 août 2015. Il confirmait la teneur de la plainte. Interrogé sur l'enregistrement de la conversation du 11 août 2015, il déclarait : *"C'est moi qui décide d'enregistrer cette conversation. Je n'ai pas reçu d'instruction sur ce point, Dans l'avion qui me ramenait du Japon, j'ai décidé d'enregistrer cet entretien par précaution en me servant uniquement de la fonction dictaphone de mon iPhone. C'est l'enregistrement qui figure sur la clé USB qui se trouve jointe au dossier"*.

Par ailleurs, il informait les enquêteurs d'une nouvelle entrevue prévue l'après-midi même avec M. X.... Les enquêteurs, agissant sur les instructions du parquet de Paris *"de procéder à une surveillance discrète de l'entrée du palace cet après-midi pour constater l'arrivée et le départ du mis en cause, de se rapprocher de la direction de l'hôtel pour récupérer les bandes de vidéo-surveillance afin de mieux matérialiser le rendez-vous"* dressaient un procès-verbal de surveillance faisant état de l'arrivée, puis du départ des protagonistes dans l'hôtel parisien où avait eu lieu la rencontre.

Après cette entrevue, Me Z... indiquait aux enquêteurs qu'il avait *"pris la liberté"* de procéder à son enregistrement, et faisait remettre, dans la soirée, une clé USB dont le contenu était retranscrit par les enquêteurs sur procès-verbal (D 26 à D 32).

Les propos des deux interlocuteurs étaient audibles. Dans la conversation ainsi retranscrite, était évoqué un arrangement contractuel qui verrait les deux auteurs du livre s'engager à ne pas publier l'ouvrage envisagé, contre une somme d'argent.

Me Z... indiquait aux enquêteurs que M. X... avait à nouveau demandé 3 millions d'euros et les informait d'un nouveau rendez-vous prévu *"avec les deux journalistes"*.

Le 26 août 2015, une information judiciaire était ouverte contre personne non dénommée des chefs de tentative de chantage et d'extorsion de fonds.

Entendu à nouveau le jour même, Me Z... déclarait qu'il avait pris l'initiative d'enregistrer le deuxième rendez-vous et indiquait qu'un troisième rendez-vous était

prévu le lendemain au cours duquel il avait "pour mission de voir les documents en question, le tout afin d'achever la matérialisation du chantage".

Le 27 août 2015, avait lieu une nouvelle rencontre entre Me Z... et M. X... à laquelle participait également Mme Y... Sur commission rogatoire, les enquêteurs effectuaient une surveillance dans l'hôtel où cette rencontre avait lieu, et étaient tenus informés par Me Z... à l'occasion de deux brèves suspensions de la conversation, que la rédaction d'un document et la remise immédiate d'une somme d'argent étaient envisagées.

M. X... et Mme Y.. étaient interpellés à l'issue de cette rencontre, Mme Y.. étant en possession de deux enveloppes contenant chacune 40.000 euros en espèces. Deux exemplaires d'un engagement de non-publication signé des trois intéressés étaient également saisis.

Me Z... entendu après l'interpellation des deux journalistes, indiquait qu'il avait à nouveau enregistré la conversation. Il faisait remettre dans la soirée une clé USB aux enquêteurs qui procédaient à sa retranscription sur procès-verbal.

Mme Y.. et M. X... étaient mis en examen pour chantage et extorsion de fonds les 28 et 29 août 2015.

Ils ont chacun déposé une requête en nullité le 7 septembre 2015.

Mme Y.. a sollicité l'annulation des enregistrements des conversations des 21 et 27 août 2015, des procès-verbaux de retranscription de ces enregistrements, de toutes les pièces de procédure y faisant référence et des interrogatoires de première comparution et mise en examen subséquentes.

M. X... a demandé l'annulation des procès-verbaux de retranscription des deux enregistrements et de toutes les pièces ultérieures dont ces retranscriptions sont le support nécessaire, à savoir l'ensemble des procès-verbaux réalisés pendant sa garde à vue, sa mise en examen et son placement sous contrôle judiciaire, ainsi que la cancellation de toutes les références ultérieures aux retranscriptions des enregistrements.

Par un arrêt du 26 janvier 2016, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a joint ces deux requêtes et les a rejetées en considérant *"que les magistrats et les enquêteurs, qui savaient effectivement que Me Z... avait enregistré son premier entretien avec Eric X..., qui pouvaient se douter qu'il allait à nouveau enregistrer clandestinement son deuxième entretien avec le même interlocuteur puis qui avaient certainement la conviction qu'il procéderait de même lors de l'entretien final avec Eric X... et Catherine Y.. , ne disposaient d'aucun moyen juridique pour interdire à cet avocat de tenter de rapporter la preuve de la commission d'une infraction qui était en train de se commettre au préjudice de son client ;*

qu'ils se sont donc contentés de mettre en place un dispositif de surveillance et d'interpellation - dont la légalité n'est pas contestable - laissant le conseil de la victime potentielle libre de se constituer des preuves personnelles ; qu'il ne saurait être déduit du fait que Me Z... a profité d'une suspension de l'entretien du 27 août pour confirmer aux policiers, de sa chambre d'hôtel, "l'intention parfaitement frauduleuse" d'Eric X... et Catherine Y.. puis est retourné auprès d'eux "comme prévu", qu'il était manipulé par les agents de l'autorité publique ; que, d'ailleurs, l'expression litigieuse peut tout aussi bien s'entendre comme signifiant qu'il avait convenu avec ses deux interlocuteurs de revenir auprès d'eux après cette suspension ;

que cette position en retrait des enquêteurs ne saurait être assimilée à une provocation à la commission de l'infraction ni à un contournement déloyal des moyens de preuve et se justifie puisqu'elle avait pour seul objectif que soit révélée l'existence des agissements délictueux d'Eric X... et de Catherine Y.. afin d'en permettre la constatation et d'en arrêter la continuation ;

que les enregistrements litigieux et leurs retranscriptions sur procès-verbal ne constituent donc pas des pièces ou actes de procédure au sens de l'article 170 du code de procédure pénale ; que leur contenu pourra être discuté contradictoirement au cours de la procédure ; que les affirmations des intéressés selon lesquelles leur but "était [...] de donner la parole au Roi du Maroc et de recueillir ses commentaires" (page 2, dernier paragraphe de la requête X...) constituent des moyens de défense dont il appartient au juge d'instruction de vérifier la pertinence dans le cadre d'une instruction qui doit être menée à charge et à décharge" ..

Sur les pourvois formés par les deux prévenus, la chambre criminelle, par un arrêt du 20 septembre 2016¹, a censuré cette analyse et renvoyé l'examen de la cause devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims, jugeant au visa des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale :

"Attendu 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 ;

(...)

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait relevé la présence constante des enquêteurs sur les lieux des rencontres des 21 et 27 août 2015, la remise aux policiers par le représentant du plaignant des enregistrements litigieux dès la fin de ces rencontres, suivie, le lendemain ou le surlendemain, de leur retranscription par les enquêteurs, et les contacts réguliers entre ces derniers et le représentant du plaignant, d'une part, et l'autorité judiciaire, d'autre part, pendant ces rencontres ayant conduit à l'interpellation des mis en cause à l'issue de la seconde d'entre elles, ce dont il se déduisait que l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention des enregistrements, par un particulier, sans le consentement des intéressés, de propos tenus par eux à titre privé, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé".

Sur renvoi, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims a, par un arrêt du 16 février 2017, rejeté à nouveau les requêtes en annulation de la procédure

¹ Crim., 20 septembre 2016, pourvoi n° 16-80.820, Bull. crim. 2016, n° 244

de M. X... et Mme Y.. par des motifs semblables à ceux de la chambre de l'instruction de Paris.

Deux pourvois ont été formés le 20 février 2017 par M. X... et Mme Y...

Par une ordonnance du 11 mai 2017, le président de la chambre criminelle a ordonné la jonction et l'examen immédiat des pourvois.

La SCP Piwnica & Molinié a déposé un mémoire ampliatif le 20 avril 2017, dans les délais fixés, après prorogation.

La SCP Spinosi & Sureau a déposé un mémoire en défense le 19 juin 2017.

Par un arrêt du 6 septembre 2017, la chambre criminelle a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

2 - Analyse succincte des moyens

Les quatre moyens présentés font grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

Le premier moyen en quatre branches est pris de la violation des articles 6, 8 et 10 de la convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 41, 81, 100-5, 171, 174, 591, 593, 706-73, 706-96 et 802 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale, ensemble violation du principe de la loyauté des preuves, et des droits de la défense.

La première branche fait valoir que la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, dans des lieux publics ou privés, n'est autorisée que lorsque l'information porte sur un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du code de procédure pénale, que la chambre de l'instruction a constaté en ce sens que « les enquêteurs ne pouvaient pas juridiquement procéder à la sonorisation de l'endroit où avaient lieu les rencontres », et que, dès lors, ils auraient détourné l'interdiction de procéder à des sonorisations en procédant indirectement par l'intermédiaire du représentant du plaignant ;

La deuxième branche soutient que le droit au procès équitable et le principe de loyauté des preuves imposent aux autorités publiques de ne pas participer, directement ou indirectement, dans la confection irrégulière de preuves et que l'autorité publique

participe indirectement à l'obtention des enregistrements par un particulier dès lors que sont établis la présence constante des enquêteurs sur les lieux de rencontres, la remise à ceux-ci, par le particulier, des enregistrements suivis de leur retranscription, les contacts réguliers entre les enquêteurs, et le particulier et l'autorité judiciaire, éléments conduisant à l'interpellation des mis en cause, et qu'en se fondant sur ces mêmes éléments pour estimer que la participation des enquêteurs dans le recueil de la preuve n'était en l'espèce pas rapportée, la chambre de l'instruction a méconnu ces principes;

La troisième branche rappelle que les demandeurs invoquaient l'administration des preuves par les autorités publiques par les enregistrements clandestinement réalisés par l'avocat du plaignant sur les instructions constantes des autorités de poursuite, d'enquête et d'instruction et soutient que la chambre de l'instruction n'a pas répondu aux arguments péremptoires de leurs écritures selon lesquels l'avocat du plaignant aurait agi à l'instigation des services enquêteurs ;

La quatrième branche critique l'arrêt en ce qu'il s'est fondé, pour déduire l'absence d'instigation par les services de police des deux autres enregistrements, sur l'enregistrement du premier entretien du 11 août 2015 dont la nullité n'est pas sollicitée, et sur le risque de dépossession des moyens d'action d'une victime.

Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 6, 8 et 10 de la convention européenne des droits de l'homme, 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, préliminaire, 41, 81, 100-5, 171, 174, 591, 593, 706-73, 706-96 et 802 du code de procédure pénale;

En énonçant l'absence d'atteinte au secret des sources en l'absence d'identification des sources des journalistes, la chambre de l'instruction aurait méconnu les articles 10 de la convention européenne des droits de l'homme, 100-5 du code de procédure pénale et 2 de la loi du 29 juillet 1881 qui prévoient le secret des sources des journalistes et organisent leur protection contre les ingérences de l'autorité publique, même si les mesures d'investigations sont demeurées sans résultat.

Le troisième moyen est pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, préliminaire, 41, 80-1, 81, 114, 116, 171, 174, 591, 593 et 802 du code de procédure pénale, ensemble violation des droits de la défense.

Le droit au procès équitable et les droits de la défense auraient été violés dès lors que la plainte de la partie civile n'a été versée au dossier de l'information que le 4 septembre 2015, soit quelques jours après l'interrogatoire de première comparution des demandeurs au pourvoi qui n'ont pas eu accès au dossier complet.

Le quatrième moyen est pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 312-1 et 312-10 du code pénal, préliminaire, 41, 80-1, 81, 114, 116, 171, 174, 591 et 593 du code de procédure pénale.

La chambre de l'instruction n'a pas répondu aux arguments péremptoires du mis en examen qui invoquait l'absence de toutes violences, menaces ou contraintes ainsi que l'absence de propos attentatoires à l'honneur du Roi du Maroc, ce qui excluait tout indice grave ou concordant de commission des infractions reprochées.

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

1°) L'enquête effectuée concomitamment à des enregistrements clandestins de conversations par un particulier caractérise-t-elle une participation indirecte de l'autorité publique au recueil de cette preuve constituant un moyen de preuve illicite?

2°) Si le caractère illicite de cet acte est retenu, y-a-t'il eu atteinte au secret des sources des journalistes ?

3°) Quelle est l'étendue de la saisine de la chambre de l'instruction de renvoi après cassation ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur le premier moyen :

L'Assemblée plénière est invitée à se prononcer sur l'étendue de l'obligation de loyauté des agents publics dans l'administration de la preuve.

I - Le principe de loyauté dans l'administration 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.

Ainsi, la loyauté est une notion morale et il n' en existe pas de définition légale. Les textes de lois n'emploient pas le terme de loyauté. Seul l'article 763, alinéa 2 du

code de procédure civile souligne 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".

En matière de preuve, l'intégration de l'exigence de loyauté de la preuve dans l'article préliminaire du code de procédure pénale² 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... »³

"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".⁴

Le Doyen Bouzat a 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"*⁵.

Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour de cassation, mais avant d'analyser cette dernière, il y a

² Art. Préliminaire "la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties..."

³ Christine Lazerges, De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale -Mélanges Ottenhof-11 septembre 2005.

⁴ F. Desportes, "La loyauté dans l'enquête", Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, 2014, p. 25.

⁵ Pierre Bouzat, La loyauté dans la recherche des preuves. Mélanges Hugueneu, Sirey 1964

lieu d'examiner comment la notion de loyauté est envisagée par la jurisprudence européenne.

1 -La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne laisse aux droits internes des Etats le soin de 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", "que la tâche de la Cour ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si certains éléments de preuve ont été obtenus de manière illégale mais à examiner si une telle "illégalité" a entraîné la violation d'un droit protégé par la Convention"⁶.

Ainsi, dans l'affaire Schenk contre Suisse, elle a rejeté le recours, la production et l'admission d'une preuve entachée d'illégalité n'ayant 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. Il résulte de cet arrêt que la preuve illicite peut être admise par la Cour européenne dès lors qu'elle ne compromet pas l'équité du procès.

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 a provoqué l'infraction. Il y a provocation policière pour les juges européens "lorsque les agents impliqués 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".

L'affaire Allan contre Royaume-Uni traduit clairement la démarche des juges européens. D'un côté, ils considèrent que l'enregistrement des conversations dans la cellule d'un commissariat où M. Allan avait été placé avec son complice ne porte pas atteinte à l'article 6 § 1 de la Convention européenne aux motifs que rien ne laissait penser que ces aveux "n'étaient pas spontanés, autrement dit qu'une coercition aurait été exercée sur le requérant afin de l'y amener ou qu'il y aurait eu guet-apens ou incitation". D'un autre côté, ils jugent que les informations recueillies grâce à l'intervention d'un

⁶ Ex : CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, re. n° 10862/84, § 45-46 ; CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c. Portugal, req. n° 44/1997/828/1034, § 34 ; CEDH, 25 mars 1999, Pelissier et Sassi c. France req. n° 25444/94 ; CEDH, 12 mai 2000, Khan c. Royaume-Uni, req. n° 35394/97, CEDH, 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, req n°74420/01

indicateur de police placé dans la même cellule que celle de M. Allan violent les règles du procès équitable.⁷

2 - La jurisprudence de la Cour de cassation

C'est la Cour de cassation qui, très tôt, a reconnu un principe de loyauté dans l'administration de la preuve en matière pénale dans les arrêts Wilson⁸ et Imbert⁹.

Dans l'affaire Wilson, en 1887, un 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. Cette manoeuvre a valu à son auteur de comparaître devant la Cour de cassation toutes chambres réunies 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".

Par son arrêt Imbert, la chambre criminelle s'est prononcée dans le droit fil de cette décision. En effet, elle a invalidé la pratique consistant pour un enquêteur à faire téléphoner à un suspect par un tiers chargé de lui poser une série de questions dont les réponses pouvaient l'incriminer, réponses qu'il a actées par procès-verbal, jugeant "que l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet, elle a eu pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense".

La loyauté a été consacrée en tant que principe dans l'arrêt Schuller c/ Maréchal¹⁰ à propos d'une provocation organisée par le plaignant à laquelle s'étaient associés des fonctionnaires de police : "Dès lors qu'il résulte des énonciations des juges que l'interpellation d'une personne, suspectée de trafic d'influence, a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves, la chambre d'accusation est fondée à prononcer la nullité de la procédure subséquente.

⁷ CEDH, 5 nov. 2002, Allan c. Royaume-Uni, req. n°48539/99, § 46 et 52.

⁸ Chambre réunies 31 janvier 1888 S. 1989. 1. 241

⁹ Crim. 12 juin 1952, S 1954. 1.

¹⁰ Crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366, Bull. crim. 1996 N° 93

La jurisprudence civile a, elle aussi, fait de la loyauté un nouveau principe directeur du procès. Les chambres civiles déduisent le principe de loyauté des preuves de l'article 9 du code de procédure civile¹¹ et écartent les éléments recueillis dans le cadre d'une provocation à la preuve, qu'il s'agisse de représentants de l'autorité publique ou de simples particuliers.

En effet, le juge civil doit assurer les droits des plaideurs lesquels reposent sur la neutralité du juge, le respect du contradictoire et sur les droits de la défense. La preuve ne doit pas être recueillie par des moyens d'investigation illicites ou déloyaux.

Les chambres civiles déclarent irrecevables les enregistrements de conversations téléphoniques ou les enregistrements vidéo faits à l'insu des personnes, les filatures de salariés réalisées dans le cadre de la vie privée, les documents volés, détournés et obtenu de manière illicite ou encore le constat dressé par un huissier de justice reposant sur l'utilisation d'un stratagème consistant à recourir aux services de tiers au statut non défini.¹² Toutefois, des exceptions admettent cependant que la nécessité des droits de la défense puisse justifier l'admissibilité de telles preuves¹³.

La position des chambres civiles a été consacrée par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 janvier 2011 qui a jugé 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" et qu' "il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve"¹⁴.

Il se déduit de cet arrêt, qu'en matière civile, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve s'applique, en l'absence de disposition contraire, dans tous les procès régis par

¹¹ Art. 9 du code de procédure civile "Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les fait nécessaire au succès de sa prétention"

¹² Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, Bulletin 1991 V n° 519, Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, Bull. 2002, V, n° 352, 2e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, Bull., 2004, II, n° 447, 1re Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, Bull. 2005, I, n° 213, Com., 7 avril 2010, pourvoi n° 09-15.122, Bull. 2010, IV, n° 73, Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, Bull. 2012, V, n° 208, Com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-14.779, Bull. 2015, IV, n° 20, 1re Civ., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-25.210

¹³ Soc., 30 juin 2004, pourvoi n° 02-41.720, 02-41.771, Bull., 2004, V, n° 187, 1re Civ., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-21.796, Bull. 2009, I, n° 132, Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.761, Bull. 2010, IV, n° 8, Soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24.410, Bull. 2015, V, n° 68

¹⁴ Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, 09-14.316, Bull. 2011, Ass. Plén. n° 1

l'article 9 du code de procédure civile, quels que soient l'identité des parties au procès ou les intérêts généraux dont certaines peuvent avoir la charge.

En visant l'article 9 du code de procédure civile, l'Assemblée plénière a laissé l'enquête pénale en dehors du champ de la solution qu'elle a dégagée. Le communiqué publié par la première présidence de la Cour de cassation, à l'occasion du prononcé de cette décision, est dépourvu d'équivoque : "En fondant la cassation au visa de l'article 9 du code de procédure civile, elle (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".

En revanche, en matière pénale, doivent être privilégiées l'efficacité dans l'établissement des infractions et l'identification de leurs auteurs, ces finalités correspondant à un objectif général à valeur constitutionnelle, ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel¹⁵. En effet, le juge pénal "a pour mission de protéger l'intérêt général, l'ordre public, en assurant la prévention des infractions ; il est à la recherche de la manifestation de la vérité lorsque des infractions ont été commises et a pour souci l'arrestation des délinquants..."¹⁶.

En cette matière, le principe est celui de la liberté de la preuve. Il est clairement énoncé par l'article 427 du code de procédure pénale¹⁷. La place de la loyauté de la preuve est différente en matière pénale et en matière civile.

Ainsi, la chambre criminelle juge que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ne trouve pas à s'appliquer, lorsque des preuves sont produites en justice par des personnes privées et ne s'impose qu'aux autorités publiques chargées de l'instruction et des poursuites.

¹⁵ Cons.const. 18 novembre 2011-191/194/195/1960QPC § 14 et 29

¹⁶ M. Ract-Madoux, Procédure, Dossier p 34, Décembre 2015

¹⁷ Art. 427 du code de procédure pénale "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui"

◆ ***La preuve rapportée par une personne privée :***

▶ *L'admission de la preuve déloyale*

L'admission des moyens de preuves illicites ou déloyaux constitués par les parties privées est clairement affirmé par la jurisprudence de la chambre criminelle.

L'article 427 du code de procédure pénale posant le principe de la liberté de la preuve, "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 ; 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 des parties"¹⁸.

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 vols¹⁹.

La chambre criminelle considère que les éléments de preuve produits par des parties privées ne constituent pas des actes de procédure susceptibles d'être annulés. Elle juge que "la circonstance que des documents ou des enregistrements remis par une partie ou un témoin aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'ils ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation"²⁰.

Ainsi les éléments de preuve obtenus par les parties civiles au moyen du procédé dit "testing", consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater d'éventuels comportements discriminatoires, ne peuvent être écartés au motif que ce procédé aurait été mis en oeuvre de façon déloyale, alors même que ce stratagème consistant à prouver une discrimination en présentant des couples de différentes origines raciales à l'entrée d'une discothèque et à constater que l'établissement pratique une discrimination raciale ou ethnique, se rapproche d'une

¹⁸ par ex Crim, 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395 Bull. Crim n° 16

¹⁹ Crim., 23 juillet 1992, pourvoi n° 92-82.721, Bull. crim. 1992 n° 274

²⁰ Crim., 30 mars 1999, pourvoi n° 97-83.464, Bull. crim. 1999, n° 59 Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, Bull. crim. 2012, n° 27

provocation à l'infraction, puisque l'association qui organise le testing incite les portiers à commettre l'infraction²¹.

On considère en général que les autorités publiques, une fois en possession d'éléments de preuve obtenus de manière illicite par des parties, ne peuvent les ignorer, elles se doivent de les exploiter dans l'intérêt de la manifestation de la vérité.

S'agissant de la recevabilité d'enregistrements clandestins réalisés par des particuliers, on peut citer les arrêts suivants :

- l'enregistrement dans une procédure de divorce d'une conversation téléphonique privée entre un mari et son épouse dans laquelle celle-ci reconnaissait le caractère mensonger de l'attestation dès lors qu'il était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées²² ;

- l'enregistrement par un majordome de multiples conversations entre son employeur et ses interlocuteurs, dont son avocat,²³

- trois enregistrements de conversations avec son employeur qu'un ancien salarié d'une société avait remis à l'URSSAF, qui les avait transmis au procureur de la République²⁴.

◆ ***La preuve rapportée par les autorités publiques :***

▶ *Prohibition de la provocation à commettre une infraction*

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 et la négation même du procès équitable.

La chambre criminelle juge que dans tous les cas où un agent de l'autorité publique a provoqué, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, la commission d'une infraction, les éléments de preuve obtenus par cette provocation sont irrecevables en justice en raison de l'atteinte portée au principe de la loyauté des preuves. La même solution est adoptée dans l'hypothèse où la provocation à la commission de l'infraction est réalisée à l'étranger par un agent public étranger.

La chambre criminelle a relevé l'existence d'une provocation à commettre:

²¹ Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, Bull. crim. 2002, n° 131

²² Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, Bull. crim. 2007, n° 27

²³ Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, Bull. crim. 2012, n° 27

²⁴ Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, Bull. crim. 2012, n° 64

- le délit de détention d'images de mineurs à caractère pornographique dans un cas où le policier avait incité à la transmission de telles images dans le cadre de correspondances électroniques par internet" et dans le cas où un service de police new-yorkais avait créé et exploité un site pédophile aux fins de découvrir tous internautes pédophiles et d'informer, le cas échéant, les autorités du pays dont ils étaient ressortissants²⁵ ;
- le délits de vol provoqué par une mise en scène policière, deux étant individus interpellés en flagrance de vol dans un véhicule alors que l'un deux avait été incité par un policier à stationner, à proximité du lieu où des personnes suspectées de commettre des vols à la roulotte se réunissaient, un véhicule dans lequel était disposé en évidence un téléphone portable et une sacoche d'ordinateur, une somme d'argent lui étant remise pour lui permettre de leur offrir une consommation afin de les attirer à proximité dudit véhicule²⁶.

Cependant, la loi autorise le recours à la ruse pour le constat de certaines infractions et prévoit des opérations d'infiltration et de livraison contrôlées, d'investigations sous pseudonyme sur internet, en matière de criminalité organisée, de proxénétisme ou de provocation de mineurs à commettre des actes illicites, immoraux ou dangereux ou encore de fabrication ou de diffusion d'images pédo-pornographiques commis par la voie d'internet ou pour lutter contre le terrorisme.

Dans tous ces cas, les dispositions légales précisent que *pour être licite, l'intervention des enquêteurs, ne peut, à peine de nullité, constituer une incitation à commettre des infractions*²⁷.

▶ Interdiction du contournement et du détournement de procédure

Le contournement de procédure consiste, pour un agent de l'autorité publique, à se placer hors du cadre procédural prévu pour l'accomplissement d'un acte afin de recueillir des éléments d'information qu'il n'aurait pu obtenir en respectant les exigences légales.

A titre d'exemple, la chambre criminelle considère déloyal comme éludant les règles de procédure et compromettant les droits de la défense :

- la consignation par procès-verbal par un officier de police judiciaire des propos qu'une personne gardée à vue avait tenus en refusant qu'ils soient consignés²⁸.

²⁵ Crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84.837, Bull. crim. 2006, n° 132 ; Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, Bull. crim. 2007, n° 37

²⁶ Crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83.219, Bull. crim. 2006, n° 202

²⁷ articles 706-25-2, 706-32, 706-35-1, 706-47-3 et 706-81 du code de procédure pénale

²⁸ Crim., 3 avril 2007, n° 07-80.807

- la consignation dans un procès-verbal des propos que leur a tenus une personne mise en examen qu'ils escortaient vers la maison d'arrêt à la sortie de l'interrogatoire par le juge d'instruction²⁹.

Le détournement de procédure est une forme de fraude à la loi consistant, pour les agents de l'autorité publique, à se placer faussement dans le champ légal à seule fin de mettre en oeuvre des pouvoirs conférés par celle-ci, dont ils n'auraient pas disposé s'ils s'étaient conformés à la loi. Le détournement de procédure tend donc à un détournement de pouvoirs à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été accordés³⁰.

Ainsi, la chambre criminelle a décidé que :

- les textes douaniers ne devaient pas être utilisés pour la recherche d'infractions fiscales (en l'espèce, fraudes à la TVA et à l'impôt sur le revenu)³¹,
- ne peut être condamné un automobiliste pour excès de vitesse et utilisation d'un appareil détectant les radars de la police car les policiers avaient eu recours aux agents de la douane pour fouiller le véhicule, ce qu'ils ne pouvaient faire personnellement³².
- 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 privé³³.

En revanche, la provocation policière est admissible lorsqu'elle n'a pas pour effet de déterminer les agissements délictueux mais seulement d'en révéler l'existence afin d'en permettre la constatation ou d'en arrêter la continuation.

► Admission de la provocation à la preuve

Cette provocation à la preuve est jugée conforme au principe de loyauté si l'intervention policière a eu lieu dans un contexte où l'infraction préexistait et n'a pas été déterminée par les agissements des enquêteurs.

La chambre criminelle considère que ne constitue pas un stratagème portant atteinte à la loyauté des preuves :

²⁹ Crim. 5 mars 2013, pourvoi n° 12-87.087 Bull. Crim 2013 n° 56

³⁰ F. Desportes. L. Lazerges-Cousquer Traité de procédure pénale 4me Edition n° 577

³¹ Crim., 7 janvier 2014, pourvoi n° 13-85.246, Bull. crim. 2014, n° 1

³² Crim., 18 décembre 1989, pourvoi n° 89-81.659, Bull. crim. 1989, n° 485

³³ Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-86.623, Bull. crim. 2000, n° 68.

- la mise en place par des policiers, renseignés par l'un des auteurs d'un trafic de stupéfiant, 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 trafic³⁴,
- 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'infiltration³⁵,
- le recueil, dans un procès-verbal de renseignement, 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 disparue³⁶,
- le fait, pour un enquêteur qui, sans détenir le rapport d'autopsie, prend soin de préciser dans sa question adressée à une personne soupçonnée de meurtre, que les causes de la mort proviendraient, selon son collègue qui, lui, a assisté à l'autopsie, de violents coups portés au niveau du crâne et non pas d'une chute³⁷,
- 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'acte³⁰.

S'agissant plus précisément d'enregistrements clandestins réalisés par des policiers, la chambre criminelle **a considéré comme déloyaux** :

- l'enregistrement réalisé de manière clandestine par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fut-ce spontanément, par une personne suspecte, hors toute mesure de garde à vue. Il s'agissait, en l'espèce, d'un policier qui, à l'occasion de l'exécution d'une commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction, a accepté, à la demande d'un avocat, de rencontrer ce dernier dans un restaurant et, muni d'un magnétophone dissimulé, a enregistré les propos de son interlocuteur, lesquels ont, ensuite, été versés en procédure dans le cadre de la commission rogatoire. La chambre criminelle a considéré que ce procédé éludait les règles de procédure et compromettait les droits de la défense³¹.

³⁴ Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.012, Bull. crim. 2005, n° 173

³⁵ Crim., 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-86.176

³⁶ Crim., 17 janvier 2012, pourvoi n° 11-86.471

³⁷ Crim., 29 octobre 2013, pourvoi n° 13-84.226, diffusé.

³⁰ Crim., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-88.162, Bull. crim. 2014, n° 119.

³¹ Crim., 16 décembre 1997, pourvoi n° 96-85.589, Bull. crim. 1997, n° 427.

- la transcription effectuée, contre le gré de l'intéressé, par un officier de police judiciaire, des propos qui lui sont tenus, officieusement, par une personne suspecte placée en garde à vue. Les enquêteurs avaient retranscrit sur un procès-verbal les déclarations que le gardé à vue avait accepté de faire à la condition qu'elles ne soient pas consignées. La manière d'agir de la part de l'enquêteur a été qualifiée de déloyale en ce qu'elle contournait les règles de procédure relatives aux auditions des personnes en garde à vue³².

- le placement de deux personnes gardées à vue dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, à seule fin de susciter des échanges verbaux enregistrés à leur insu. Dans une information ouverte du chef de vol avec arme, le juge d'instruction avait autorisé la mise en place d'un dispositif de sonorisation dans deux cellules contiguës d'un commissariat de police en vue du placement en garde à vue d'individus soupçonnés d'avoir participé aux faits. Ceux-ci ayant communiqué entre eux pendant leurs périodes de repos, les propos de l'un d'eux par lesquels il s'incriminait lui-même ont été enregistrés. Ce procédé d'enquête est déloyal dès lors qu'«il porte atteinte au droit à un procès équitable, au droit de se taire et à 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»³³.

- le fait, pour un officier de police judiciaire, dans le but de rechercher les preuves d'une tentative de chantage dont une personne dit faire l'objet et d'en identifier les auteurs, de se substituer à celle-ci durant plusieurs mois dans des négociations avec les suspects, auprès desquels cet enquêteur s'identifiait en la seule qualité de représentant de la victime et sous un pseudonyme, au moyen de communications téléphoniques, dont certaines ont fait l'objet d'interceptions, qui ont conduit à l'interpellation des mis en cause. Dans cette affaire, le plaignant d'une tentative de chantage par une personne prétendant détenir un enregistrement audiovisuel à caractère sexuel dans lequel l'intéressé apparaissait, ayant indiqué qu'il ne souhaitait ni ne pouvait entrer lui-même en relation avec les détenteurs de l'enregistrement, le procureur de la République a autorisé la police judiciaire à se substituer à ce dernier dans la négociation. Un officier de police judiciaire, se présentant sous un pseudonyme en qualité de représentant du plaignant a eu plusieurs conversations téléphoniques avec une personne se présentant comme l'intermédiaire des malfaiteurs, ce qui a conduit à leur interpellation. Ainsi, 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.³⁴

³² Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 07-80.807, Bull. crim. 2007, n° 102.

³³ Ass. plén., 6 mars 2015, pourvoi n° 14-84.339, Bull. 2015, Ass. plén, n° 2

³⁴ Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-80.313 (en cours de publication)

En revanche, **ont été considérés comme loyaux** :

- *l'écoute, par un policier, sans recours à un procédé technique particulier, des propos échangés au téléphone par un suspect lors qu'une perquisition se déroulait au domicile de ce dernier*³⁵,

- *l'écoute, par un policier caché dans un placard, d'une conversation entre des personnes soupçonnées de commettre un acte de corruption. L'arrêt souligne qu'un tel procédé de la part des enquêteurs, demeurés passifs, qui "ont laissé faire les événements, était exclusif de toute provocation envers les frères C. à commettre une infraction"*³⁶

- *l'interception de conversations téléphoniques dès lors qu'elle est intervenue sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, que l'écoute a été obtenue sans artifice ni stratagème et que sa transcription a été contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense*³⁷,

- *la sonorisation d'un parloir de maison d'arrêt par le juge d'instruction pourvu qu'elle ait lieu sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense, étant précisé que les conversations qui y sont tenues sont soumises de droit à la surveillance du personnel pénitentiaire. Le moyen soutenait que l'enregistrement effectué de manière clandestine par un policier agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction éludait les règles de procédure et compromettait les droits de la défense. La chambre criminelle a validé à nouveau la sonorisation d'un parloir de maison d'arrêt après l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, tout en rappelant que cette mesure ne peut être autorisée par le juge d'instruction qu'au cours d'une information portant sur un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du code de procédure pénale et jamais dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire*³⁸,

- *l'enregistrement réalisé par un chef d'état major de la gendarmerie, de propos qui lui étaient tenus par un préfet dans l'affaire dite des "paillotes" ayant donné lieu à*

³⁵ Crim., 4 septembre 1991, pourvoi n° 90-86.786, Bull. crim. 1991, n° 312

³⁶ Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, Bull. crim. 1992, n° 169

³⁷ Crim., 17 juillet 1990, pourvoi n° 90-82.614, Bull. crim. 1990, n° 286 ; Crim., 9 décembre 1991, pourvoi n° 90-84.994, Bull. crim. 1991, n° 465 ; Crim., 3 juin 1992, pourvoi n° 91-84.562, Bull. crim. 1992, n° 219.

³⁸ Crim., 1 mars 2006, pourvoi n° 05-87.251, Bull. crim. 2006, ; Crim., 9 juillet 2008, pourvoi n° 08-82.091, Bull. crim. 2008, n° 170 ; Crim., 27 mai 2009, pourvoi n° 09-82.115, Bull. crim. 2009, n° 108.

*la mise en examen de celui-ci pour complicité de destruction de biens appartenant à autrui, mais il importe, cependant, d'observer que l'enregistrement clandestin de la conversation tenue entre ces deux personnes n'a pas été réalisé dans le cadre d'une enquête de police ou d'une information judiciaire, mais d'un rapport hiérarchique entre un préfet et un officier de gendarmerie, ce dernier cherchant à se ménager une preuve de l'ordre illégal qu'il recevait.*³⁹

*- l'exploitation, par le juge d'instruction, des interceptions, dûment autorisées, des communications passées clandestinement par un mis en examen à partir de son lieu de détention, 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*⁴⁰,

*- l'atteinte à l'intimité d'une personne mise en examen des chefs de complicité de vols avec armes en bande organisée, complicité d'enlèvement et séquestration, association de malfaiteurs et détention d'armes aggravée, résultant de la sonorisation de la cellule qu'elle occupait dans l'établissement pénitentiaire où elle était détenue provisoirement, dès lors que cette mesure, ordonnée par un juge d'instruction, conformément aux prescriptions légales, et d'une durée de quelques jours, a été exécutée sans recours à un stratagème, lequel ne saurait résider, contrairement à ce qui est allégué, dans le seul fait que, durant cette période, le détenu partageant cette cellule était mis en examen par le même magistrat dans une information distincte*⁴¹.

C'est donc la nature des actes des enquêteurs qui apparaît déterminante dans la qualification du procédé utilisé, au regard du principe de loyauté des preuves.

³⁹ Crim., 13 octobre 2004, pourvoi n° 03-81.763, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945, 00-86.726, 00-86.727, Bull. crim. 2004, n° 243

⁴⁰ Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-87.914, Bull. crim. 2015, n° 87

⁴¹ Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351, Bull. crim. 2015, n° 54

II - Application de ces règles de preuve au cas soumis à l'Assemblée plénière

Pour écarter le moyen de nullité pris de la participation indirecte des autorités publiques au recueil des preuves produites par un particulier, l'arrêt attaqué retient :

“Au préalable, il convient de souligner que, dans le cadre de la procédure litigieuse mettant en cause des faits de chantage et d'extorsion de fonds, les enquêteurs ne pouvaient juridiquement procéder à la sonorisation de l'endroit où avaient lieu les rencontres:

- en effet, l'article 706-96 alinéa 1 du code de procédure pénale relatif aux sonorisations dispose que : “lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut ... autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics” ;

- or, s'agissant du rendez-vous du 21 août 2015, les enquêteurs agissaient en enquête préliminaire et concernant la rencontre du 27 août suivant, toute sonorisation était exclue du fait que les infractions de chantage (article 312-10 du code pénal) et d'extorsion (article 312-1 du même code) reprochées à Eric X... et Catherine Y.. n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 706-73 qui vise uniquement les "crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 (extorsion en bande organisée) et 312-7 du code pénal" (extorsion précédée, accompagnée ou suivie soit de violences ayant entraîné la mort, soit de tortures ou d'actes de barbarie).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les enregistrements litigieux des 21 et 27 août 2015, qui sont les seuls mis en cause puisqu'intervenues après la saisine des services enquêteurs, ont été effectués par Maître Z... avocat du roi du Maroc.

Il s'en déduit plusieurs considérations :

- ces enregistrements sont donc le fait d'un simple particulier cherchant à se ménager des preuves susceptibles de servir les intérêts de son client, étant observé que la qualité d'avocat de Maître Z... ne pouvait en aucun cas lui conférer le statut d'autorité publique à laquelle s'imposait le respect des règles de procédure pénale ;

- s'ils ne mettent pas en cause les enquêteurs à raison d'une participation directe, ils peuvent néanmoins être censurés à raison d'une implication indirecte de ceux-ci s'il est établi que les enquêteurs ont usé d'un artifice ou d'un stratagème constitutif d'une fraude à la loi puisque leur ayant permis de faire faire par un tiers, qui n'était pas lié par les mêmes contraintes, les enregistrements auxquels ils ne pouvaient eux-même procéder.

Tout le problème consiste donc à déterminer la nature exacte de la "participation indirecte" reprochable aux enquêteurs.

En premier lieu, est sanctionnable toute participation indirecte consistant, pour les services enquêteurs, à être les instigateurs d'enregistrements clandestins effectués par des particuliers.

Mais en l'espèce, la preuve de cette instigation des services enquêteurs n'est pas rapportée et se trouve au contraire démentie par les circonstances de fait : en effet, force est de constater que Maître Z... avait déjà procédé à l'enregistrement du premier entretien du 11 août 2015, alors même qu'aucun service de police n'était encore intervenu, ce dont on peut déduire que l'idée de l'enregistrement clandestin lui est entièrement imputable ;

- il n'est d'ailleurs pas surprenant qu'un particulier souhaite se ménager des preuves du comportement infractionnel dont il est victime, y compris après le dépôt de sa plainte puisque la saisine des services de police n'entraîne pas, ipso facto, une dépossession des moyens d'action de la victime; une telle dépossession serait d'ailleurs de nature à remettre en cause l'opportunité même de saisir à bref délai les services de police ou de gendarmerie, ce qui n'est pas certainement pas souhaitable ;

- en outre, aucune pièce de la procédure ne vient conforter l'hypothèse d'une quelconque instruction donnée par les services de police à Maître Z... qui, dans chacune des auditions intervenues après chaque rendez-vous, a déclaré avoir lui-même pris l'initiative d'enregistrer les conservations litigieuses et fait parvenir aux services de police les clés USB correspondantes ;

- au demeurant, les mis en examen eux-mêmes ne semblent pas avoir reproché aux services de police une quelconque instigation puisque, dans sa requête en nullité, Eric X... écrit : "les services de police, en connaissance de cause, ont laissé Maître Z... avocat inscrit au Barreau de Paris, procéder à l'enregistrement clandestin ...(page 15) ;

- enfin, sont alléguées des déclarations faites par les avocats du roi du Maroc à la presse invoquant le rôle actif des services enquêteurs, notamment celles de Maître Boussier, dont fait état un article du journal Le Figaro du 11 septembre 2015, selon lesquelles celui-ci s'étonne de la demande du parquet tendant à "organiser les deux entretiens sous surveillance policière avec nos propres moyens d'enregistrement" (comprendre ceux des avocats du Roi du Maroc) et celles de Maître Dupond-Moretti indiquant que les enregistrements ont été "obtenus à l'initiative et sous le contrôle des services de police" ; à l'audience, Maître Boussier a contesté avoir tenu de tels propos et a soutenu avoir adressé une lettre de protestation au journaliste du Figaro ; quant à Maître Dupond-Moretti, il a précisé que les termes de sa réponse tendait uniquement à dissiper les soupçons des journalistes quant à un montage pur et simple des services marocains ; en tout état de cause, on ne saurait accorder à de tels éléments une force probante alors même que les informations qu'ils contiennent ne sont pas en adéquation avec les éléments figurant au dossier et qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une stratégie de défense des avocats que la chambre de l'instruction n'a pas à apprécier.

En deuxième lieu et en l'absence d'instigation des enquêteurs, cette participation indirecte peut résulter d'une collusion entre ceux-ci et le particulier procédant aux enregistrements litigieux. Encore faut-il que cette collusion résulte d'un acte positif de la part des services enquêteurs.

Il convient donc d'examiner précisément les différents éléments de fait relevés.

1° L'existence de contacts réguliers entre Maître Z... et les enquêteurs

Dès lors qu'il apparaît légitime, de la part d'une victime ayant déposé plainte pour chantage et extorsion de fonds, d'informer les enquêteurs de l'avancement des démarches de ceux auxquels il prête des agissements répréhensibles, on ne peut induire de la seule régularité de ces contacts l'existence d'une collusion des policiers et magistrats avec Maître Z... en vue d'organiser les enregistrements clandestins contestés.

2° Les surveillances policières mises en place par les enquêteurs lors des rencontres des 21 et 27 août 2015

Les services de police et les magistrats saisis d'une telle plainte se devaient d'intervenir pour organiser les surveillances de nature à confirmer ou infirmer les dires du plaignant et, si nécessaire, interpellier les auteurs : on ne saurait donc, là encore, déduire de l'existence de cette présence policière aux abords de l'hôtel où ont eu lieu les rencontres des 21 et 27 août 2015, un accord préalable et concerté des enquêteurs avec Maître Z... sur les enregistrements clandestins alors effectués. Au demeurant, on notera que lors de ces surveillances, les policiers se trouvaient à l'extérieur de l'établissement et n'étaient pas à

même de constater les manoeuvres de Maître Z... tendant aux enregistrements clandestins avec son téléphone portable.

3° La remise des enregistrements dès la fin des rencontres et la transcription des propos par les services enquêteurs

Certes Maître Z... a adressé ses enregistrements aux policiers dans un délai très bref après chaque rencontre, plutôt qu'après l'interpellation de Eric X... et Catherine Y..., mais ce simple constat est dépourvu de toute portée quant au rôle actif susceptible d'être prêté aux enquêteurs par les mis en examen. Il en va de même de la transcription par les policiers des deux enregistrements puisque cette tâche a été accomplie après les deux rendez-vous litigieux et ne saurait être retenue à faute.

D'ailleurs, la chambre criminelle a admis, dans une affaire où les enquêteurs s'étaient fait remettre, par un particulier se plaignant d'être victime d'un tiers, des bandes magnétiques correspondant aux enregistrements clandestins de conversations ou de communications téléphoniques qu'il avait faites, que les enquêteurs procèdent à leur transcription dès lors qu'"il n'est ni établi, ni même allégué que les enregistrements pratiqués ont été réalisés à l'instigation des officiers de police judiciaire ou par eux-mêmes" (Crim.28/04/1987, n086-96.621, Bull 173);

4° Les contacts téléphoniques intervenus entre Maître Z... et les enquêteurs au cours de la rencontre du 27 août 2015 ayant permis l'interpellation d'Eric X... et de Catherine Y.. en possession des 80 000 euros et d'exemplaires de l'engagement de renonciation à publication, cet argument s'inscrit dans la lignée de ceux exposés ci-dessus dénonçant les contacts réguliers entre Maître Z... et les services enquêteurs, ainsi que la présence des policiers lors des deux rencontres des 21 et 27 août 2015 "appelle la même réponse et l'on comprend que Maître Z... qui, selon la partie civile, a mis à profit les suspensions de négociations intervenues lors de la très longue rencontre du 27 août 2015 pour se faire apporter les sommes d'argent nécessaires, pouvait, de manière tout à fait légitime, en profiter pour informer les enquêteurs de l'avancement des pourparlers.

En outre, on notera que **les deux rencontres des 21 et 27 août 2015 ont été fixées à la seule initiative de Maître Z... et à des dates qu'il avait lui-même choisies en concertation avec les mis en examen**, les services enquêteurs n'en ayant été avisés par Maître Z... qu'après leur fixation et très peu de temps avant leur intervention. Il s'agit là d'un élément qui met à mal l'argument des mis en examen selon lequel les services enquêteurs auraient tout organisé.

En conséquence, la preuve n'est pas rapportée de l'existence d'une collusion entre Maître Z... et les services enquêteurs tendant à faire prendre en charge par le premier les enregistrements litigieux.

A défaut de toute collusion, il reste à déterminer s'il est possible de reprocher aux enquêteurs d'avoir, en toute connaissance de cause, "laissé faire" lesdits enregistrements.

A cet égard, on soulignera que si les policiers pouvaient raisonnablement se douter de l'enregistrement de la 3° rencontre par Maître Z... compte tenu de la connaissance qu'ils avaient de son enregistrement clandestin du 2° rendez-vous, rien ne permet d'affirmer qu'ils avaient connaissance de cette intention dès la 2° rencontre puisque leur intervention aurait pu conduire Maître Z... à renoncer à toute initiative personnelle.

En tout état de cause, le concept de "participation", même indirecte suppose l'accomplissement, par les enquêteurs d'un acte positif, si modeste soit-il. Or, 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.

D'ailleurs, dans une affaire où un plaignant se disait victime d'une tentative de corruption, la chambre criminelle a admis la dissimulation des enquêteurs dans le bureau de

la victime pour surprendre et consigner une conversation entre celle-ci et la personne suspectée et ce, après avoir relevé le caractère souverain de l'appréciation de la cour d'appel qui soulignait que "s'il est exact que les policiers se sont cachés dans le bureau de X pour y surprendre la conversation ... , un tel procédé de la part des enquêteurs, demeurés passifs, qui "ont laissé faire les événements", était exclusif de toute provocation envers Y à commettre une infraction" (Crim.22/04/1992, n°90-85.125).

Il doit en être de même pour les **enregistrements clandestins que, de surcroît, les enquêteurs n'avaient pas le pouvoir d'interdire à la partie civile.**

Ce raisonnement peut d'ailleurs être rapproché de plusieurs décisions de la chambre criminelle qui a admis la possibilité, pour les services de police qui se sont montrés "passifs" au regard de l'enregistrement de conversations téléphoniques, de "profiter" du contenu de celles-ci...

En considération de tous ces éléments de fait résultant du contenu de la procédure soumise à l'appréciation de la chambre de l'instruction, il convient de considérer que la preuve n'est pas rapportée en l'espèce d'une participation même indirecte des services enquêteurs aux enregistrements clandestins effectués par Maître Z... des conversations des 21 et 27 août 2015..."

Le ministère public, devant la chambre de l'instruction de Reims a soutenu :

"Dans la présente procédure, le débat porte sur le point de savoir si les enquêteurs ont participé, même indirectement, à l'enregistrement clandestin des propos échangés entre les journalistes et l'avocat du Roi du Maroc.

Il s'agit d'une question de fait, dont l'appréciation appartient aux juridictions du fond...

Certes, une apparence de collusion résulte de la concomitance géographique et temporelle de la surveillance policière et des enregistrements clandestins effectués par l'avocat de la victime.

Mais, pouvait-il en être autrement, compte tenu de la nature des délits dont il s'agit ?

Confrontés à une infraction en train de se commettre au préjudice d'un souverain étranger, les enquêteurs étaient contraints d'intervenir en temps réel aux fins de surveiller les abords des lieux pour matérialiser la preuve des rencontres et en identifier les protagonistes, puis d'interpeller les journalistes, après la remise des fonds.

Quant à l'avocat du Roi du Maroc, il avait l'obligation professionnelle pour la défense des droits de son mandant, de préserver la preuve de l'infraction en cours. Ainsi avait-il fait, avant de déposer plainte, en enregistrant la première rencontre.

Il ne sera évidemment pas soutenu que, lors des deux rencontres suivantes, les enquêteurs ignoraient que le plaignant continuait à enregistrer les journalistes à leur insu.

Mais, il n'est nullement établi que les enquêteurs eussent incité le plaignant à procéder à ces enregistrements.

En tout état de cause, il n'appartenait pas aux enquêteurs d'interdire au plaignant, ni même de le dissuader, de recourir à des enregistrements, dont l'illégalité était justifiée par l'état de nécessité...

Comme pour les images de vidéo-surveillance, les enquêteurs ont donc profité des enregistrements, sans avoir participé, même indirectement, à leur réalisation.

Quand bien même les enquêteurs en auraient eu la tentation, il ne leur était pas nécessaire d'inciter le plaignant à réaliser des enregistrements clandestins : il leur suffisait de rester passifs, en attendant de recueillir les fruits d'une situation qu'ils n'avaient pas eu besoin de provoquer.

Dès lors, le grief tiré par les mis en examen de la prétendue déloyauté de la preuve doit être écarté ;

En revanche, la recevabilité de la preuve ne préjuge pas de la valeur qui lui sera accordée par la juridiction du fond, après qu'elle aura été soumise à la libre discussion des parties..."

La première branche du moyen fait valoir que les enquêteurs ne pouvaient pas juridiquement procéder à la sonorisation de l'endroit où avaient lieu les rencontres entre l'avocat du plaignant et les prévenus et que, dès lors, ils auraient détourné l'interdiction de procéder à des sonorisations en procédant indirectement par l'intermédiaire du représentant du plaignant.

Les dispositions de l'article 706-96, notamment relatives à la mise en place d'un "*dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics*", ne sont applicables qu'en matière de criminalité organisée et précisément dans le cadre d'une information ouverte pour un crime ou un délit entrant dans le champ de l'article 706-73 du même code, qui énumère des infractions au nombre desquelles ne figurent ni le chantage (article 312-10 du code pénal), ni l'extorsion de fonds (article 312-1 du même code).

Ces dispositions n'ont pas été mises en oeuvre dans le cadre de la présente procédure.

La deuxième branche soutient que les enquêteurs ont participé indirectement à l'obtention des enregistrements par un particulier dès lors que sont établis leur présence constante sur les lieux de rencontres, la remise à ceux-ci, par le particulier, des enregistrements suivis de leur retranscription, les contacts réguliers entre les enquêteurs, et le particulier et l'autorité judiciaire, éléments conduisant à l'interpellation des mis en cause.

Cette critique rejoint l'analyse opérée par la chambre criminelle dans son arrêt du 20 septembre 2015 :

"Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait relevé la présence constante des enquêteurs sur les lieux des rencontres des 21 et 27 août 2015, la remise aux policiers par le représentant du plaignant des enregistrements litigieux dès la fin de ces rencontres, suivie, le lendemain ou le surlendemain, de leur retranscription par les enquêteurs, et les contacts réguliers entre ces derniers et le représentant du plaignant, d'une part, et l'autorité judiciaire, d'autre part, pendant ces rencontres ayant conduit à l'interpellation des mis en cause à l'issue de la seconde d'entre elles, ce dont il se déduisait que l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention des enregistrements, par un particulier, sans le consentement des intéressés, de propos tenus par eux à titre privé, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé".

Devant la chambre criminelle, l'avocat général concluait alors : "En l'espèce, la chambre de l'instruction (de Paris) a constaté que les enregistrements dont l'annulation était sollicitée ont été réalisés par la victime de l'infraction, sans intervention directe ou indirecte de

l'autorité publique, en considérant souverainement que "les enregistrements contestés ne procèdent, dans leur confection, d'aucune intervention directe ou indirecte de l'autorité publique", qu'il s'agisse des enquêteurs, du procureur de la République ou du juge d'instruction.

Elle a notamment relevé que les enquêteurs n'avaient appris qu'après coup que le rendez-vous du 21 août 2015 avait été enregistré par Me Z... et que s'ils se doutaient dès lors que celui du 27 août le serait à nouveau, ils n'avaient aucun moyen d'empêcher Me Z... de le faire pour se constituer une preuve de l'infraction flagrante qui se commettait à son détriment, et se sont comportés de manière totalement passive.

Par ailleurs, les dispositifs de surveillance et d'interpellation mis en place par les enquêteurs n'ont aucunement constitué une provocation à la commission de l'infraction, mais de simples modalités de constatation de celle-ci.

Il est donc totalement inexact de soutenir comme le fait le mémoire ampliatif que l'enregistrement des conversations par Me Z... faisait partie intégrante du dispositif de surveillance et d'interpellation mis en place par les enquêteurs et constituait une forme de sonorisation détournée...".

Cet arrêt du 20 septembre 2016 a été commenté par la doctrine.

Pour **M. Maréchal** : *L'apport de l'arrêt consiste donc, sans modifier la solution selon laquelle les particuliers peuvent produire des preuves obtenues de manière déloyale, à considérer que si des agents publics prêtent leur concours, même indirect, à une telle opération, la preuve devient irrecevable.*

En l'occurrence, la participation des enquêteurs demeurerait limitée puisqu'ils étaient seulement présents sur les lieux des rencontres afin de consigner le contenu des conversations enregistrées par le particulier.

Cependant, la solution paraît justifiée, même s'il n'existait pas de provocation à l'infraction, en ce que les enquêteurs semblent ici avoir encouragé le particulier à utiliser un stratagème auquel ils ne pouvaient eux-mêmes avoir recours précisément afin de contourner cette prohibition. En d'autres termes, on se trouvait dans un cas dans lequel l'objectif des enquêteurs était certainement de tirer parti de la faculté pour les particuliers de se procurer des preuves de manière déloyale. Il reste qu'à l'avenir le problème se posera de savoir à partir de quand l'autorité publique est considérée comme participant à l'administration de la preuve obtenue par un particulier de manière déloyale⁴².

M. Dreyer écrit : *"Mais il convient au préalable d'observer que la cassation est prononcée ici au prix d'un approfondissement du contrôle exercé par la cour de cassation. En effet, c'est à l'issue d'un nouvel examen des faits de l'espèce, que la haute juridiction corrige l'appréciation de la chambre de l'instruction, en caractérisant une concertation entre l'avocat et les enquêteurs, niée jusqu'à lors.*

La cour de cassation ne va pas au delà des faits relevés dans l'arrêt attaqué (elle ne le peut pas dès lors que le dossier de l'information judiciaire ne lui est pas transmis), mais elle examine ces faits auxquels elle donne une portée différente. Si elle ne se transforme pas en troisième degré de juridiction, elle opère tout de même un contrôle de qualification bienvenu

⁴² JY Maréchal "La participation de l'autorité publique à la production, par un particulier, d'enregistrements sonores clandestins donne à la preuve obtenue un caractère déloyal" Dossier d'actualité 18/10/2016

dès lors qu'il s'agit d'assurer la défense d'un droit fondamental mais qui interroge quant à sa portée.

A l'avenir, un contrôle équivalent sera-t-il mis en oeuvre chaque fois que la violation de la Convention européenne des droits de l'homme sera invoquée ? On peut en douter compte tenu de l'investissement qu'il représente. L'approfondissement de ce contrôle tient sans doute au caractère exceptionnel des faits ayant défrayés la chronique diplomatique et journalistique. Il tient peut être aussi à la nécessaire sauvegarde de la liberté d'expression qui appelle une vigilance toute particulière à Strasbourg mais qui n'était pas en cause ici : les faits, s'ils sont admis par la juridiction de jugement, se révéleront purement crapuleux...

Elle (la Haute juridiction) a déduit le fait que l'avocat avait agi de concert avec les enquêteurs du fait que ceux-ci ont été informés par lui des rendez-vous à l'occasion desquels il ont mis en place un dispositif de surveillance et d'interpellation : la question n'était plus alors de savoir si les enquêteurs pouvaient empêcher cet avocat de procéder à l'enregistrement des conversations, mais s'ils en avait accepté le principe et admis en conséquence qu'un acte qu'ils ne pouvaient accomplir eux-mêmes puisse être accompli par le truchement d'un tiers qui n'était pas soumis au mêmes contraintes qu'eux.

En l'état la déduction n'était pas aisée. Un doute subsistait, mais il semble avoir été surmonté par la Cour de cassation au motif que les enregistrements ont été remis aussitôt après leur réalisation aux services de police qui ont procédé deux fois à leur transcription. Les rapports s'articulaient trop bien entre l'avocat et la police judiciaire pour ne pas avoir été défini à l'avance. La répétition même de ces enregistrements et transcriptions interdisait de penser que la police judiciaire n'avait pas conscience d'utiliser, à cette occasion, une technique d'enquête qui lui était interdite.

Bien entendu, la preuve d'un accord préalable, qui rend un tel raisonnement discutable, n'est pas démontré, a fortiori lorsqu'il est mené par un juge qui n'a pas accès au dossier et qui semble bien éloigné des réalités du terrain.

Néanmoins, la solution se défend dès lors que le doute doit profiter... au respect des droits fondamentaux. C'est sans doute là le principal apport de la décision commentée..."⁴³

M. Gallois se montre plus critique *"Au-delà de cette affaire sensible, du fait de la qualité des personnes impliquées et représentées, la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de loyauté probatoire soulève à nouveau des interrogations.*

S'il faut reconnaître que celle-ci est souvent prise en étau entre des textes et des solutions jurisprudentielles qui s'imposent à elles, l'écart est ici moins étroit qu'il n'y paraît.

En effet, les articles 6 de la Convention EDH et préliminaire du Code de procédure pénale n'évoquent pas expressément la loyauté probatoire. Le Conseil constitutionnel n'y a fait qu'une timide référence (Cons. const., 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, consid. 30). Quant à la CEDH, elle considère que la réglementation de l'admissibilité d'une preuve relève de l'appréciation des États (CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, Schenk c/Suisse, § 46) 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 (notamment en raison d'une provocation policière ayant exercé une influence de nature à inciter une personne à commettre une infraction).

Est-ce le cas ? A priori, non. En quoi les deux journalistes auraient perdu toute chance d'avoir un procès équitable ? De ce point de vue, la rédaction de l'attendu interpelle. La Cour de cassation avait en effet pris l'habitude de viser l'atteinte au principe de loyauté des preuves

⁴³ E Dreyer "Dans le doute, il faut présumer l'atteinte au procès équitable" Legipresse, n° 343, novembre 2016, p. 613

et au droit à un procès équitable (ou l'inverse), la loyauté probatoire faisant partie intégrante du procès équitable.

En l'espèce, il est question de l'atteinte aux principes du droit à un procès équitable (lesquels ?) et de la loyauté des preuves. Ce changement de formulation est-il anodin ? La chambre de l'instruction a méconnu, pour la Haute juridiction, « les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé ». À la lecture de cette formulation, et à la différence de ce que l'attendu de principe laisse penser, seul le principe de loyauté des preuves serait donc en cause (sauf à ce que le « principe » énoncé renvoie à l'attendu de principe).

La Cour de cassation a condamné la participation de l'autorité publique aux agissements d'une partie privée dès lors que ceux-ci étaient déloyaux ou illicites. 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. 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). Sur ce dernier point, il est vrai que la participation de l'autorité publique ne supprime pas ce risque. À l'inverse, quels moyens juridiques auraient pu utiliser l'autorité publique pour recueillir elle-même la preuve ? Une sonorisation et une captation d'images n'étaient juridiquement pas envisageables. Et même si elles l'avaient été, elles n'auraient sans doute pas été matériellement possibles au regard de la fixation tardive du lieu des rendez-vous (assez classique dans ce type d'affaires). Alors que faire ?

En définitive, **pour sécuriser les procédures et permettre à la justice d'apprécier des faits pénalement qualifiables (n'est-ce pas son rôle ?), ne faudrait-il pas autoriser, à certaines conditions, la participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve par une personne privée, fût-elle obtenue de manière déloyale ou illicite ?** S'il n'y a pas d'autre moyen pertinent à la disposition de l'autorité publique (condition de stricte nécessité). Si l'infraction concernée est suffisamment grave (condition de proportionnalité). On rappellera, au regard de la présente affaire, qu'une peine de sept ans d'emprisonnement est prévue pour l'extorsion et de cinq ans pour le chantage. Sans vouloir être exhaustif sur ce sujet délicat, d'autres conditions sont sans doute souhaitables. En l'espèce, une particularité tient à ce qu'un avocat a été l'interlocuteur de l'autorité publique. Celui-ci est un partenaire qui concourt à l'oeuvre de justice (V. 3 questions à O. Leurent, « Avocats et magistrats doivent renouer avec le dialogue », JCP G 2016, prat. 1090). Est-il pertinent de disqualifier, par principe, son concours en matière probatoire ? Plus généralement, la perspective de légaliser, de manière ciblée, une forme possible de collaboration entre des agents publics et une partie privée devrait également intégrer la problématique de l'impartialité des agents concernés (pour la suite de la procédure)⁴⁴.

Mme Ambroise-Castérot, considère : « Cette appréciation particulière de la procédure pénale concernant la déloyauté des parties privées est également partagée depuis longtemps par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans l'arrêt Schenck c/Suisse du 12 juillet 1988...

Or, dans cette affaire, proche de la nôtre, le tueur à gages défaillant avait enregistré ses conversations avec son commanditaire, tout en se coordonnant avec les policiers, et en

⁴⁴ A. Gallois, « Participation de l'autorité publique à l'administration, par une partie privée, d'une preuve illicite ou déloyale », JCP éd. E., n° 45, 7 Novembre 2016, 1177

leur demandant ce qu'il devait faire. Les enregistrements clandestins avaient donc eu lieu sous surveillance de la police, et en tout cas, dans une procédure déjà en place.

On pouvait donc s'attendre, dans notre arrêt du 20 septembre 2016, 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 des multiples arrêts précédents, la Cour de cassation estime que la présence des policiers - qui sont pourtant demeurés passifs, qui n'ont procédé à aucune provocation et qui n'ont pas eux-mêmes réalisé 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.

Ainsi, et assez curieusement, des enregistrements réalisés par un particulier deviennent, par la seule présence indirecte de la police, des pièces et actes de la procédure, puisque ces enregistrements sont alors annulables. Étrange mutation, et, à notre connaissance, également inédite, de la nature d'un enregistrement clandestin. Serait-ce une inflexion de la jurisprudence pénale concernant les preuves déloyalement obtenues par les parties privées ? Ou bien alors, peut-être, le contexte très particulier de l'affaire (toujours en cours) justifie-t-il la solution ? Car en définitive, cette jurisprudence profite aux journalistes poursuivis dans cette brumeuse affaire...⁴⁵.

Mme Lepage fait le commentaire suivant : « Si une atteinte a été portée au principe de la loyauté de la preuve, ce n'est donc pas en ce que la police aurait eu recours à Maître A. comme intermédiaire pour qu'il mette en oeuvre une machination dont la police aurait conçu le principe et les conditions d'application.

C'est la participation de la police que retient la Cour de cassation, précisément une participation indirecte à l'obtention des enregistrements, par un particulier, sans le consentement des intéressés, de propos tenus par eux à titre privé. 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 oeuvré 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. Parmi les diverses circonstances dont la Cour de cassation déduit la participation indirecte de la police à l'obtention des enregistrements, figurent des éléments concomitants au déroulement des rendez-vous (présence constante des enquêteurs sur les lieux des deux rencontres survenues après le début de l'enquête), tandis que d'autres sont plus diffus (contacts réguliers des enquêteurs avec le représentant du roi du Maroc et l'autorité judiciaire) et que d'autres encore ont trait à des actes postérieurs aux rendez-vous (retranscription des enregistrements par les enquêteurs, le lendemain ou le surlendemain de leur remise).

Le principe de la loyauté de la preuve ne relâche décidément pas son étreinte à l'égard des policiers...⁴⁶.

⁴⁵ C. Ambroise-Castérot, « Vers une inflexion de jurisprudence en matière de preuves déloyalement obtenues ? », AJ Pénal, 2016, p.600

⁴⁶ A. Lepage, « Tel est pris qui croyait prendre... mais est sauvé par le principe de la loyauté de la preuve », CCE, n° 11, Novembre 2016, comm. 92

Compte tenu de ces éléments doctrinaux et jurisprudentiels, l'Assemblée plénière devra donc examiner, dans la recherche d'un nécessaire équilibre entre la protection des droits fondamentaux des individus et l'efficacité de l'enquête, dans quelle mesure les surveillances réalisées par les enquêteurs, les retranscriptions qu'ils ont effectuées des enregistrements produits par le plaignant et les contacts qu'ils ont eus avec ce dernier pendant ses rencontres avec les prévenus ont été ou non de nature à porter atteinte au principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Les troisième et quatrième branches soutiennent que la chambre de l'instruction n'a pas répondu aux arguments péremptifs de leurs écritures selon lesquels l'avocat du plaignant aurait agi à l'instigation des services enquêteurs (troisième branche) et que l'arrêt s'est fondé, pour déduire l'absence d'instigation par les services de police des deux autres enregistrements, sur l'enregistrement du premier entretien du 11 août 2015 dont la nullité n'était pas sollicitée (quatrième branche).

L'Assemblée plénière appréciera la pertinence de ces deux branches du moyen.

Sur le deuxième moyen

Le secret des sources des journalistes est protégé tant par le droit conventionnel que par le droit interne.

Le droit européen :

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantit la liberté d'expression. Il est ainsi rédigé :

"1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire."

Le droit de recevoir librement des informations et des idées est interprété largement par la Cour européenne des droits de l'homme qui estime nécessaire dans

une société démocratique de permettre à un journaliste de discuter des affaires publiques⁴⁷.

Le respect des sources journalistiques est posé dans l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*, du 27 mars 1996 : "la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse... l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie". Le respect du secret des sources n'exclut pas toute ingérence étatique. Celle-ci est cependant subordonnée à "un impératif prépondérant d'intérêt public"⁴⁸.

Saisie d'une perquisition ordonnée par un juge au domicile d'un journaliste et sur son lieu de travail pour identifier le fonctionnaire susceptible d'avoir informé ce journaliste, la cour observe que "l'absence de résultat des perquisitions n'enlève pas à ces dernières leur objet, à savoir trouver l'auteur d'une violation du secret professionnel et donc la source du journaliste"⁴⁹.

Le respect du secret des sources se traduit d'abord, pour les journalistes, par le droit de se taire. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme considère que la condamnation d'un journaliste pour refus de témoigner en justice constitue une atteinte au droit au secret des sources d'information.

Le droit interne :

L'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, est, pour sa part, ainsi rédigé :

"Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public.

Est considérée comme journaliste au sens du premier alinéa toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public.

Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources.

⁴⁷ CEDH, 26 avr. 1979, A, n° 30, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*.

⁴⁸ CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°17488/90, §39

⁴⁹ CEDH 15 décembre 2009, *Financial Times Ltd et autres c Royaume-Uni*, n° 821/03, § 56

Est considéré comme une atteinte indirecte au secret des sources au sens du troisième alinéa le fait de chercher à découvrir les sources d'un journaliste au moyen d'investigations portant sur toute personne qui, en raison de ses relations habituelles avec un journaliste, peut détenir des renseignements permettant d'identifier ces sources.

Au cours d'une procédure pénale, il est tenu compte, pour apprécier la nécessité de l'atteinte, de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité.”

Le secret des sources crée des droits en faveur des journalistes dans l'intérêt de la liberté de la presse. Sans échapper aux rigueurs de la loi, les journalistes bénéficient de dérogations dans leurs rapports avec la justice.

Le droit au secret implique des précautions lors des perquisitions opérées dans les milieux journalistiques (art.56-2 du code de procédure pénale). Mais surtout, les journalistes sont libres de ne pas répondre aux questions qui compromettraient l'origine de leurs sources.

En outre, le législateur a limité les effets des écoutes téléphoniques ou de l'interception des correspondances des journalistes. La loi de 2010 complète l'article 100-5 du code de procédure pénale par un nouvel alinéa ainsi rédigé : “A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse” . Sont principalement visées les écoutes téléphoniques.

La chambre criminelle considère qu'il résulte des dispositions des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 2 de la loi du 29 juillet 1881 que le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public et qu'il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement à ce secret que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi.

Elle a jugé que :

- “Justifie sa décision (au regard de ces textes) la chambre de l'instruction qui, dans une information suivie du chef de violation du secret professionnel, prononce l'annulation des réquisitions adressées, lors de l'enquête préliminaire, à des opérateurs de téléphonie, pour obtenir l'identification des numéros de téléphone des correspondants des journalistes, auteurs d'un article rendant compte d'une procédure judiciaire en cours, ainsi que celle des pièces dont elles étaient le support nécessaire, par des motifs qui établissent que cette atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi.”⁵⁰

⁵⁰ Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 11-83.970, Bull. crim. 2011, n° 248 .

- “Ne justifie pas sa décision au regard de ces dispositions l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui prononce l'annulation des réquisitions prises à l'occasion d'une information ouverte du chef de violation du secret de l'instruction et tendant à l'exécution d'investigations destinées à déterminer les lignes téléphoniques attribuées à des journalistes et les facturations détaillées correspondant à ces lignes, sans s'expliquer suffisamment sur l'absence d'impératif prépondérant d'intérêt public pouvant justifier les mesures alors que la violation du secret de l'instruction invoquée imposait de rechercher les auteurs de cette infraction ayant porté atteinte à la présomption d'innocence, ni caractériser l'absence de nécessité et de proportionnalité desdites mesures, tout en faisant, à tort, référence à l'obligation, pour procéder aux réquisitions en cause, d'obtenir un accord des journalistes qui n'était pas en l'espèce nécessaire, ces professionnels n'étant pas directement requis de fournir des informations”.⁵¹

- “Ne justifie pas sa décision au regard de ces dispositions l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à annulation de la perquisition suivie d'une saisie au domicile d'un journaliste, ni de réquisitions bancaires concernant un compte ouvert au nom de ce dernier, dans une information ouverte des chefs de violation du secret professionnel, complicité et recel à la suite de la divulgation dans la presse de pièces d'une procédure visant à rechercher un détenu évadé, retient que le déroulement de l'enquête a été gravement perturbé du fait de cette divulgation, que l'intérêt public nécessite que les enquêteurs ne commettent aucune violation du secret qui les lie, et qu'une telle violation justifie que toutes les mesures d'investigation utiles soient mises en oeuvre, sans démontrer que les ingérences litigieuses procédaient d'un impératif prépondérant d'intérêt public, et que d'autres mesures auraient été insuffisantes pour rechercher l'existence d'une éventuelle violation du secret professionnel, et en identifier les auteurs”.⁵²

En l'espèce, pour rejeter le moyen de nullité pris de l'atteinte au secret des sources, l'arrêt attaqué énonce :

“Si l'article 100-5 al.4 du code de procédure pénale dispose que "A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse", les mis en examen qui invoquent sa violation n'établissent pas en quoi la transcription des enregistrements litigieux des 2 et 27 août 2015 a permis d'identifier leurs sources.

Cet argument ne saurait donc prospérer”.

L'Assemblée plénière appréciera la pertinence de ces motifs, étant précisé que le moyen, pris de la violation des articles 10 de la convention européenne des droits de l'homme, 100-5 du code de procédure pénale et 2 de la loi du 29 juillet 1881 organisant la protection du secret des sources contre les ingérences de l'autorité publique, la réponse à ce deuxième moyen dépendra de la solution adoptée s'agissant du premier moyen quant à une participation de l'autorité publique en l'espèce.

⁵¹ Crim., 14 mai 2013, pourvoi n° 11-86.626, Bull. crim. 2013, n° 106

⁵² Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761, Bull. crim. 2014, n° 54

Sur les troisième et quatrième moyens

Au préalable, il convient de déterminer si ces deux moyens pris de l'absence au dossier, lors de l'interrogatoire de première comparution, de la plainte de la partie civile et de l'inexistence d'indices graves et concordants étaient ou non recevables devant la chambre de l'instruction de renvoi.

Dans la requête en nullité et le mémoire déposés devant la chambre de l'instruction initialement saisie, Mme Y.. soulevait l'annulation des enregistrements des conversations des 21 et 27 août 2015 pour avoir été réalisés sous le contrôle d'une autorité publique en violation des articles 226-1 du code pénal, 706-96 et 100-5 du code de procédure pénale et en violation du principe de loyauté des preuves et demandait en conséquence, l'annulation des procès-verbaux de retranscription de ces enregistrements, de toutes les pièces de procédure y faisant référence et des interrogatoires de première comparution et mise en examen subséquents.

M. X... demandait l'annulation des procès-verbaux de retranscription des deux enregistrements et de toutes les pièces ultérieures dont ces retranscriptions sont le support nécessaire (l'ensemble des procès-verbaux réalisés pendant sa garde à vue, sa mise en examen et son placement sous contrôle judiciaire, ainsi que la cancellation de toutes les références ultérieures aux retranscriptions des enregistrements) au visa des mêmes textes.

Dans le mémoire déposé devant la chambre de l'instruction de renvoi, Mme Y.. invoquait aussi la nullité du soit-transmis du 4 septembre 2015 et de la plainte initiale et ses annexes et toutes les pièces postérieures au 20 août 2015 qui en sont le support nécessaire au motif que ces documents n'avaient été intégrés à la procédure que jours après sa mise en examen, de sorte qu'elle ne disposait pas alors d'un dossier complet, ce qui était préjudiciable à sa défense en violation des articles 114 et 116 du code de procédure pénale. M. X... indiquait s'associer à ce moyen.

Quant à M. X..., il invoquait une violation de l'article 80-1 du code de procédure pénale. Il soutenait que, dès lors que l'infraction de chantage ne pouvait être constituée à défaut d'élément matériel caractérisant les faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération et que celle d'extorsion ne l'était pas davantage faute de violence ou de menace de violence établie lors de la mise en examen, il n'existait pas d'indices graves ou concordants de commission de ces délits et sollicitait l'annulation des mêmes pièces que celles visées par sa requête devant la chambre de l'instruction initialement saisie. Mme Y.. s'associait à cette demande.

Or il résulte de l'article 174 du code de procédure pénale⁵³ que chaque saisine de la chambre de l'instruction par une requête en nullité impose aux parties, y compris celles qui ne sont pas à l'origine de la requête, de faire valoir les éventuels moyens de nullité affectant la procédure soumise à la chambre de l'instruction afin de préserver leurs droits.

Au surplus, lorsque le pourvoi est dirigé contre un arrêt par lequel la chambre de l'instruction statue, comme en l'espèce, sur la validité des actes de la procédure, il résulte de l'article 609-1⁵⁴ du code de procédure pénale que la cassation, même si elle est totale, n'atteint pas la procédure dans son ensemble. Le renvoi est limité au contentieux dont il s'agit, la chambre de l'instruction originaire restant saisie de l'affaire, à l'exception de ce contentieux.

Dans cette hypothèse la jurisprudence de la chambre criminelle considère :

“Il résulte des articles 174 et 609-1 du code de procédure pénale que, devant la chambre d'accusation statuant sur renvoi après cassation, seuls peuvent être invoqués les moyens de nullité qui avaient été soulevés devant la chambre d'accusation dont l'arrêt a été annulé. Fait donc l'exacte application de ces textes la chambre d'accusation de renvoi qui refuse d'examiner un moyen tiré de la notification tardive des droits prévus à l'article 63-1 du Code de procédure pénale au motif que ce moyen n'avait été soulevé ni dans la requête en annulation ni dans les mémoires régulièrement déposés avant l'audience de la chambre d'accusation initialement saisie”⁵⁵,

- “Il résulte des articles 174 et 609-1 du Code de procédure pénale que la chambre de l'instruction statuant sur renvoi après cassation partielle n'est saisie que dans la limite de la cassation prononcée et ne saurait, en conséquence, statuer au-delà de cette limite sans excéder ses pouvoirs”⁵⁶,

⁵³ Art. 174 du code de procédure pénale “Lorsque la chambre de l'instruction est saisie sur le fondement de l'article 173 ou de l'article 221-3, tous moyens pris de nullité de la procédure qui lui est transmise doivent, sans préjudice du droit qui lui appartient de les relever d'office, lui être proposés. A défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître”.

⁵⁴ Art. 609-1 du code de procédure pénale "Lorsque la Cour de cassation annule un arrêt de la chambre de l'instruction autres que ceux visés à l'alinéa précédent, la compétence de la chambre de l'instruction de renvoi est limitée, sauf si la Cour de cassation en décide autrement, à la solution du contentieux qui a motivé sa saisine, et, après décision définitive, sous la réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 207, il est fait retour du dossier à la chambre de l'instruction primitivement saisie, aux fins prévues, s'il y a lieu, par le deuxième alinéa dudit article ou par le troisième alinéa de l'article 206.

⁵⁵ Crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-87.839, Bull. crim. 2000, n° 201

⁵⁶ Crim., 19 mars 2002, pourvoi n° 01-88.240, Bull. crim. 2002, n° 63

- "Devant la chambre de l'instruction statuant sur renvoi après cassation d'un arrêt ayant statué sur les nullités de la procédure en application des articles 173 et 174 du Code de procédure pénale, seuls peuvent être invoqués, dans les limites de la cassation prononcée, les moyens de nullité qui avaient été soulevés devant la chambre de l'instruction dont l'arrêt a été cassé"⁵⁷.

En l'espèce, il apparaît que les moyens de nullité tiré du défaut de mise à disposition d'un dossier complet lors de l'interrogatoire de première comparution et de l'absence d'indices graves et concordants n'ont pas été soulevés devant la chambre de l'instruction de Paris dont l'arrêt a été cassé et, en conséquence, n'étaient pas visés par la censure prononcée par la chambre criminelle.

L'Assemblée Plénière devra ainsi juger de la recevabilité de ces deux moyens.

Au fond, il est rappelé :

- ***sur le troisième moyen*** : il résulte de l'alinéa 4 de l'article 116 du code de procédure pénale qu'avant l'interrogatoire de première comparution de son client, l'avocat peut consulter le dossier et communiquer librement avec la personne que le juge d'instruction envisage de mettre en examen.

La mise à disposition du dossier doit être complète et porter sur toutes les pièces de la procédure en l'état où elle se trouve au moment où a lieu la communication⁵⁸. Le juge d'instruction ne doit pas interroger la partie concernée sur des éléments de preuve avant qu'ils n'aient été formalisés et versés au dossier.

La jurisprudence de la chambre criminelle considère que la nullité de l'interrogatoire de première comparution ne peut être prononcée, aux termes de l'article 171 du code de procédure pénale, que si la méconnaissance d'une formalité substantielle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne.

En conséquence, la nullité de l'interrogatoire de première comparution n'est pas encourue lorsque l'avocat présent ne pouvait ignorer que le dossier était incomplet et n'a pas élevé de protestation, que la personne mise en examen a exercé le droit de se taire ou si l'absence d'une pièce dans le dossier n'a pu avoir d'incidence sur l'interrogatoire et porter atteinte aux intérêts de la défense⁵⁹.

⁵⁷ Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-80.267, 02-82.093, Bull. crim. 2002, n° 130.

⁵⁸ Crim., 1 février 2011, pourvoi n° 10-87.875, Bull. crim. 2011, n° 14

⁵⁹ Crim., 19 janvier 2016, pourvoi n° 15-81.038, Crim., 18 février 2015, pourvoi n° 14-82.019, Bull. crim. 2015, n° 30, Crim., 30 octobre 2001, pourvoi n° 01-84.779, Bull. crim. 2001, n° 223.

En l'espèce, pour répondre au moyen de nullité, pris de l'absence au dossier, lors de l'interrogatoire de première comparution, de la plainte de la partie civile, l'arrêt attaqué relève :

“Les mis en examen invoquent la violation des articles 114 et 80-1 du code de procédure pénale en soutenant que, lors de leur interrogatoire de première comparution et leur mise en examen des 28 et 29 août 2015, le dossier ne comportait ni la plainte déposée au nom du roi du Maroc et du royaume du Maroc, laquelle ne sera versée au dossier que le 4 septembre suivant, ni la retranscription du premier entretien du 11 août précédent.

Lors de leur interrogatoire de première comparution, coté D212 pour Eric X... et D218 pour Catherine Y.. ;

- le dossier comportait déjà la retranscription de la première conversation en D26 ;
- en revanche, n'y figurait pas encore la plainte déposée au nom du roi du Maroc, laquelle n'a été versée au dossier que postérieurement à la cote D228.

S'agissant de l'absence de cette dernière pièce, le grief invoqué ne saurait constituer une violation de l'article 114 du code de procédure pénale, dès lors que le juge d'instruction a mis à la disposition des parties le dossier dont il disposait lui-même.

Par ailleurs, si la plainte déposée au nom du roi du Maroc n'a été versée au dossier que le 4 septembre 2015 soit après l'interrogatoire de première comparution des intéressés les 28 et 29 août 2015, il n'en est résulté aucun préjudice pour les mis en examen, étant observé :

- que Eric X... a fait des déclarations démontrant qu'il était informé très précisément des faits qui lui étaient reprochés;
- que Catherine Y.. a préféré s'abstenir de toute déclaration, invoquant son état de fatigue.

Là encore, on ne saurait en tirer aucune nullité”.

Le moyen invoque une violation des principes du droit au procès équitable et des droits de la défense du fait du versement au dossier de la plainte initiale quelques jours après l'interrogatoire de première comparution des demandeurs au pourvoi qui n'avaient pas eu accès au dossier complet.

L'Assemblée Plénière dira si ces motifs encourent les griefs du moyen.

- **sur le quatrième moyen** : Aux termes de l'article 80-1 du code de procédure pénale “A peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi...”.

La chambre criminelle estime que l'appréciation, par les juridictions d'instruction, de l'existence d'indices graves ou concordants justifiant la mise en examen est une question de pur fait échappant au contrôle de la Cour de cassation, dès lors cependant que les motifs de la chambre de l'instruction ne sont pas entachés d'insuffisance ni de contradiction et que celle-ci a relevé l'existence desdits indices⁶⁰.

⁶⁰ Crim.14 septembre 2004, pourvoi n° 04-83.793

Si la chambre de l'instruction apprécie souverainement l'existence des éléments factuels retenus comme constituant des indices graves ou concordants de participation à la commission des faits, la Cour de cassation s'assure que la chambre de l'instruction a procédé sans insuffisance ni contradiction, au contrôle de l'existence d'indices de nature à permettre, au regard des infractions poursuivies la mise en examen décidée par le juge d'instruction⁶¹.

Dans un arrêt récent, la chambre criminelle a jugé : "La loi confiant aux seules juridictions d'instruction l'appréciation souveraine tant de l'absence des indices graves ou concordants pouvant justifier une mise en examen que le choix entre le statut de témoin assisté et celui de mis en examen ainsi que, le cas échéant, la détermination du moment de la mise en examen, une chambre de l'instruction justifie sa décision de refus de mise en examen dès lors qu'elle s'est déterminée par des motifs exempts d'erreur de droit, d'insuffisance ou de contradiction"⁶².

En outre la chambre criminelle a admis l'existence d'indices graves et concordants même si la certitude du lien de causalité n'est pas démontrée dès lors qu'il ne s'agit pas à ce stade de caractériser l'infraction en tous ses éléments⁶³.

Pour rejeter le moyen de nullité pris de l'absence d'indices graves et concordants la chambre de l'instruction a retenu :

"Eric X... invoque également la nullité de sa mise en examen du fait de l'absence d'indices graves et concordants.

Eu égard aux éléments du dossier et à son interpellation à l'issue de la rencontre du 27 août 2015, en compagnie de Catherine Y.. qui était en possession de 2 enveloppes contenant chacune 40 000 euros en espèces et d'exemplaires signés par les trois intéressés de l'engagement de renonciation à publication du livre projeté, force est de constater qu'il existait bien des indices graves ou concordants rendant vraisemblable sa participation à la commission des infractions visées et justifiant sa mise en examen. Aucune nullité n'est donc encourue de ce chef".

Le moyen fait valoir que la chambre de l'instruction n'a pas répondu aux arguments péremptoires du mis en examen qui invoquait l'absence de toutes violences, menaces ou contraintes ainsi que l'absence de propos attentatoires à l'honneur du Roi du Maroc, ce qui excluait tout indice grave ou concordant de commission des infractions reprochées.

L'Assemblée plénière appréciera la pertinence de ce moyen.

⁶¹ Crim., 29 juin 2005, pourvoi n° 05-82.264 Crim., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-86.875 Crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 07-81.895, Bull. crim. 2007, n° 171

⁶² Crim., 28 juin 2016, pourvoi n° 15-86.946, Bull. crim. 2016, n° 199

⁶³ Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-85.334, Bull. crim. 2015, n° 79

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2

