



COUR DE CASSATION

**Audience Assemblée Plénière  
du 27 octobre 2017 à 14 heures**

**CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL**

**Conseiller rapporteur :** Mme Véronique Slove

**Avocat général :** M. Louis Wallon

**Pourvoi n° :** N 17-82.028

**Demandeur :** M. Eric X... et Mme Catherine Y... (*Ayant pour avocat la Scp Piwnica et Molinié*)

**Défendeur :** Royaume du Maroc  
(*Ayant pour avocat la Scp Spinosi et Sureau*)

**Décision attaquée :** Arrêt rendu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims, le 16 février 2017.

## **1/ RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE :**

Le 20 août 2015, un avocat du barreau de Paris agissant au nom du roi du Maroc a déposé auprès du procureur de la République de Paris une plainte pour chantage, association de malfaiteurs et tentative d'extorsion, exposant que M. Eric X... et Mme Catherine Y..., journalistes, avaient tenté d'obtenir du plaignant 3 000 000 d'euros en échange de la non publication de leur nouvel ouvrage contenant sur lui des révélations compromettantes.

A cette plainte était joint l'enregistrement, transféré sur une clef USB, effectué sur son téléphone portable par Me Z..., avocat marocain et directeur du secrétariat particulier du roi du Maroc, de sa conversation avec M. X..., lors d'une rencontre du 11 août 2015 au cours de laquelle ce dernier lui avait fait cette proposition.

Dans l'enquête préliminaire aussitôt ouverte, les policiers ont constaté que les propos enregistrés étaient difficilement audibles mais qu'une telle transaction était évoquée.

Avisés par le plaignant d'un nouveau contact, les enquêteurs ont surveillé le 21 août 2015 une rencontre entre M. X... et Me Z... . Ce dernier de sa propre initiative a enregistré les propos échangés et remis l'enregistrement aux policiers qui l'ont saisi.

Au vu notamment de la transcription effectuée par les enquêteurs de la conversation qui tendait à confirmer les termes de la plainte, une information a été ouverte le 26 août 2015 des chefs de chantage et extorsion de fonds.

Le 27 août 2015, au cours d'une nouvelle rencontre avec Me Z..., M. X... et Mme Y... ont, selon accord écrit et signé, renoncé à la publication de leur livre moyennant engagement de paiement de 2 000 000 d'euros, avec acompte versé sur place de 40 000 euros pour chacun d'eux.

Les policiers qui, agissant sur commission rogatoire, surveillaient les lieux, ont été avisés par Me Z..., à l'occasion d'une suspension des pourparlers, de la proche conclusion de cet accord et de la remise des fonds. Après compte rendu de la situation au magistrat instructeur, ils ont sur les instructions de ce dernier interpellé M. X... et Mme Y... à l'issue de la rencontre et saisi les sommes remises et le document constatant l'accord.

Me Z... avait de nouveau enregistré les propos échangés au cours de la rencontre, et il a remis aux policiers dans la soirée du même jour le support de cet enregistrement qui a été saisi et transcrit sur procès-verbal.

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

Le 7 septembre 2015, ils ont chacun saisi la chambre de l' instruction de la cour d'appel de Paris d'une requête en nullité.

M. X... et Mme Y..., invoquant une administration déloyale de la plainte, ont demandé l'annulation des transcriptions des conversations des 21 et 27 août 2015, de leur mise en examen et de l'intégralité du dossier. Ils ont fait valoir que l'autorité publique avait joué un rôle actif dans la réalisation des enregistrements litigieux réalisés en étroite collaboration avec Me Z..., alors que les conditions légales permettant la mise en oeuvre d'un dispositif de sonorisation n'étaient pas réunies. Mme Y... a en outre invoqué la violation de l'article 100-5 du code de procédure pénale qui interdit la transcription de correspondances avec un journaliste permettant d'identifier ses sources. Dans son mémoire régulièrement déposé en vue de l'audience de la chambre de l'instruction, M. X... a repris ce dernier grief.

Par arrêt du 26 janvier 2016, la chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

Sur les pourvois de M. X... et de Mme Y..., dont l' examen immédiat a été ordonné, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par arrêt du 20 septembre 2016, a cassé et annulé cette décision dans toutes ses dispositions, au motif que la participation indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements, par un particulier, sans le consentement des intéressés, de propos tenus par eux à titre privé, se déduisait des éléments relevés par la chambre de l'instruction.

La cause a été renvoyée devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims.

Dans leurs mémoires régulièrement déposés devant cette juridiction, M. X... a ajouté à ses prétentions initiales deux griefs, tirés l'un de l'absence d'indices graves et (sic) concordants justifiant sa mise en examen, et l'autre d'un défaut de mise à disposition de l'intégralité de la procédure au jour de son interrogatoire de première comparution, et Mme Y... a elle aussi présenté ce dernier argument.

Par arrêt du 16 février 2017, la juridiction de renvoi a déclaré les requêtes recevables et les a rejetées, disant n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

Sur les pourvois, réguliers et recevables en la forme, déclarés le 20 février 2017 au greffe de la cour d'appel de Reims par M. X... et par Mme Y..., et dont l'examen immédiat a été ordonné, la chambre criminelle de la Cour de cassation par arrêt du 6 septembre 2017 a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour au visa de l'article L. 431-7, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire.

## **2/ ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS :**

Dans un mémoire ampliatif commun déposé le 19 juin 2017 au greffe de la Cour de cassation, recevable, M. X... et Mme Y..., représentés par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux conseils, proposent **quatre moyens de cassation** :

- **un premier moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6, 8 et 10 Conv. EDH, 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, divisé en quatre branches, reproche à la chambre de l'instruction d'avoir, dans l'arrêt attaqué, dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure.

- alors 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 relevé que *"les enquêteurs ne pouvaient pas juridiquement procéder à la sonorisation de l'endroit où avaient lieu les rencontres"* ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que les enquêteurs ont procédé indirectement, par l'intermédiaire du représentant du plaignant, à l'obtention de telles preuves ; qu'en validant les enregistrements tandis que les enquêteurs ont obtenu ces preuves en dehors de tout cadre légal, la chambre de l'instruction n'a pas donné de base légale à sa décision.

- alors 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 ; 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 ; qu'en se fondant précisément sur ces mêmes éléments d'*"existence de contacts réguliers entre Me Z... et les enquêteurs"*, de *"surveillances policières mises en place par les enquêteurs lors des rencontres des 21 et 27 août 2015"*, de *"remise des enregistrements dès la fin des rencontres et la transcription des propos par les services enquêteurs"* et de *"contacts téléphoniques intervenus entre Me 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"*, pour estimer cependant que cette participation des enquêteurs dans l'administration de ces

preuves était valide, la chambre de l'instruction a méconnu les textes et le principe précités.

- alors que porte atteinte au procès équitable et au principe de loyauté des preuves l'enregistrement effectué par les autorités publiques par le truchement d'un tiers et ayant pour but d'obtenir des indices de commission d'une infraction ; que les mis en examen 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 ; qu'en estimant les enregistrements valables en ce que la preuve d'une instigation par les services enquêteurs n'était pas rapportée sans répondre aux arguments péremptoires des mis en examen et en mentionnant au contraire que ces derniers ne reprochaient pas une instigation des services de police, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision et a méconnu les textes et le principe susvisés.

- alors qu'en outre, en déduisant l'absence d'instigation par les services enquêteurs de l'absence de participation des services de police à l'enregistrement du premier entretien du 11 août 2015, tandis que cet enregistrement ne fait pas l'objet de la requête en nullité, ou encore du risque de dépossession des moyens d'action d'une victime, la chambre de l'instruction s'est prononcée par des motifs inopérants à justifier l'absence d'instigation.

- **un deuxième moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6, 8 et 10 Conv. EDH, 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, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale, reproche à la chambre de l'instruction d' avoir, dans l'arrêt attaqué, dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure, alors que les articles 10 Conv. EDH, 100-5 du code de procédure pénale et 2 de la loi du 29 juillet 1881 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 ; qu'en énonçant l'absence d'atteinte au secret des sources en l'absence d'identification des sources des journalistes, la chambre de l'instruction a méconnu ces dispositions.

- **un troisième moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 Conv. EDH, 41, 80-1, 81, 114, 116, 171, 174, 591, 593 et 802 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale, ensemble violation des droits de la défense, reproche à la chambre de l'instruction d' avoir, dans l'arrêt attaqué, dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure, alors que le droit au procès équitable et les droits de la défense imposent le droit d'accès des parties à l'entier dossier de la procédure, que la plainte de la partie civile sur laquelle repose l'accusation et toute la procédure fait partie du dossier auquel les parties doivent avoir accès, qu'en l'absence de communication de ladite pièce, le dossier est incomplet dans des conditions qui font nécessairement grief aux intérêts des mis en examen en portant atteinte aux principes de loyauté, de l'égalité des armes et aux droits de la défense ; qu'ayant constaté l'absence de la plainte au dossier de la procédure, la chambre de

l'instruction ne pouvait, sans méconnaître les textes et principes susvisés, en déduire l'absence de nullité.

- **un quatrième moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 Conv. EDH, 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, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale, reproche à la chambre de l'instruction d'avoir, dans l'arrêt attaqué, dit n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure, alors que ne peut être mise en examen que la personne à l'encontre de laquelle existent des indices graves ou concordants de participation à la commission d'une infraction ; que le délit d'extorsion réprime l'usage de violences, menaces ou contraintes pour obtenir une remise de fonds de la victime, et le délit de chantage réprime la menace de révéler des propos attentatoires à l'honneur ou à la considération de la personne pour obtenir une remise de fonds ; que M. Eric X... 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 exclut tout indice grave ou concordant de commission de ces délits ; qu'en ne répondant pas à ces arguments péremptoires, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision.

Un mémoire en défense a été déposé pour le royaume du Maroc constitué partie civile dans l'information.

\*  
\*   \*

### **3/ DISCUSSION :**

- **sur le premier moyen de cassation invoquant la violation du principe de la loyauté de la preuve :**

- sur les trois premières branches réunies :

La question posée est d'importance puisqu'elle conditionne l'admissibilité d'une preuve devant les juridictions. Chacun connaît l'adage selon lequel en matière judiciaire, *"ne pas être et ne pas être prouvé revient au même"*.

Le régime de l'administration de la preuve en justice diffère selon que l'on considère le domaine civil, dans lequel le juge arbitre des conflits entre particuliers ou agents économiques privés, ou le domaine pénal, dont l'objet est la protection de l'intérêt général et de l'ordre public.

Dans ce second domaine, la règle générale est celle de la liberté de la preuve, fixée en matière correctionnelle par l'article 427 du code de procédure pénale qui précise aussi que le juge décide d'après son intime conviction et ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant lui.

La règle de la libre administration de la preuve trouve donc déjà dans son texte fondateur une limite, liée à l'exigence d'un débat contradictoire.

Mais plus généralement, cette règle doit s'accorder avec la condition qu'il ne soit pas porté atteinte par les autorités publiques au droit des personnes poursuivies à un procès équitable, résultant des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, s'agissant d'une matière qui, selon la Cour de Strasbourg, relève au premier chef du droit interne<sup>1</sup>, de l'article préliminaire du code de procédure pénale et des articles de ce code encadrant les modes d'investigation susceptibles d'être mis en oeuvre par les autorités publiques.

Il en résulte qu'une différence est à concevoir entre les modalités de la recherche et de l'apport de la preuve par une personne privée et l'administration de la preuve par un agent de l'autorité publique :

◆ la démarche de la partie privée, qui agit pour la défense de ses intérêts, n'est pas soumise à l'exigence du respect de la légalité et des principes généraux définis par l'article préliminaire du code de procédure pénale, sauf à rappeler que son résultat sera soumis à discussion contradictoire.

Ainsi l'exigence de loyauté de la preuve ne s'impose pas aux parties privées. La Cour de cassation valide par exemple la production de l'enregistrement clandestin d'une conversation privée par une personne, fût-ce un policier, agissant en tant que victime d'une infraction, et non dans l'exercice de ses fonctions, pour se constituer la preuve de cette infraction. Cette dernière nécessité a aussi été reconnue au bénéfice d'un époux qui produit des enregistrements clandestins de conversations téléphoniques privées durant lesquelles son épouse reconnaît la rédaction de fausses attestations, ou d'un salarié utilisant pour contester les conditions de son licenciement un document dont son employeur lui reproche le vol<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> : CEDH 12 juillet 1988, Schenk c/ Suisse, §46.

<sup>2</sup> : Cass. crim., 19 janvier 1999, bull. n°9, arrêt rendu à la suite d'un renvoi de cassation par Cass. crim., 16 décembre 1997, bull. n° 427 - 31 janvier 2007, bull. n° 27 - 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-84.414.

De manière constante, la production de moyens de preuve obtenus illégalement ou déloyalement par une partie privée est admise, au motif *“qu’aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d’écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu’ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale<sup>3</sup>”*, ou encore que des enregistrements de conversations privées, par une partie civile, *“ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l’information... susceptibles d’être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d’en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation<sup>4</sup>”*.

◆ l’agent de l’autorité publique au contraire, mû par la considération de l’intérêt général et du maintien de l’ordre public, doit respecter les droits et libertés fondamentaux. Le principe de la légalité l’oblige à se conformer aux règles de droit pénal et de procédure pénale, et donc, dans la recherche et l’administration de la preuve, à un principe de loyauté nécessaire au respect des finalités de la procédure pénale<sup>5</sup>. Il existe ainsi un principe processuel de loyauté qui s’impose aux agents de l’administration publique dans la recherche et la production de la preuve des infractions pénales.

Comme le rappelle, en citant plusieurs auteurs, le commentateur de l’article 427 du code de procédure pénale au juris-classeur<sup>6</sup>, si le principe de loyauté de la preuve n’est pas consacré par l’article préliminaire du code de procédure pénale, la loyauté est un principe supérieur qui irrigue l’ensemble du procès pénal.

Si l’exigence de loyauté dans le recueil de la preuve a pu faire débat dans notre ancien droit, elle n’est plus discutée de nos jours<sup>7</sup>.

On se souvient par exemple de la condamnation du traquenard téléphonique tendu à un suspect par un juge d’instruction parisien en 1888 dans la célèbre affaire Wilson, dite aussi “scandale des décorations<sup>8</sup>”.

Mais sans remonter aussi loin, il faut souligner que le contenu de cette notion de loyauté dans le recueil de la preuve a pu susciter des interrogations, parfois liées à l’émergence des moyens techniques tels que l’enregistrement des conversations, et que cette question a pu donner lieu à des opinions très contrastées.

---

<sup>3</sup> : Cass. crim., 15 juin 1993, bull. n° 230.

<sup>4</sup> : Cass. crim., 28 avril 1987, bull. n° 173 - 31 janvier 2012, bull. n° 27 - 7 mars 2012, bull. n° 64.

<sup>5</sup> : F . Desportes et L . Lazerges- Cousquer, traité de procédure pénale, 4<sup>ème</sup> éd. n° 566 s.

<sup>6</sup> : JCP proc pén., art. 427- 457, fasc . 20 n° 31 et s.

<sup>7</sup> : Marcel Rousselet, les ruses et artifices dans l’instruction criminelle, RSC 1946 . 50 et s.

<sup>8</sup> : Cass. formation Conseil supérieur de la magistrature, 31 janvier 1888.

C'est ainsi par exemple que bien avant la loi du 10 juillet 1991 réglementant les écoutes téléphoniques, intervenue à la suite de l'arrêt Kruslin de la cour de Strasbourg<sup>9</sup>, la Cour de cassation avait admis dès 1980 qu'une telle mesure, sous réserve de critères étroitement définis, pouvait concerner un inculpé<sup>10</sup>, alors que certains praticiens et non des moindres y voyaient encore une ruse condamnable, en relevant que *"les vertus maîtresses du juge d'instruction sont la loyauté et la franchise et qu'il doit toujours se soumettre à la nécessité d'agir à visage découvert"*<sup>11</sup>.

La Cour de cassation statuant dans des affaires pénales fait explicitement référence au principe de la loyauté de la preuve<sup>12</sup>, en le visant conjointement à l'article 6 § 1<sup>er</sup> Conv. EDH et à l'article préliminaire du code de procédure pénale<sup>13</sup>. Ce principe a pu être défini comme une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice<sup>14</sup>, ou encore, négativement, comme le fait d'interdire à celui qui administre la preuve l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes<sup>15</sup>.

On peut ajouter que si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas davantage de référence expresse au principe de loyauté de la preuve, la Cour de Strasbourg, dans sa décision Schenk c/ Suisse précitée, intègre cette exigence dans la notion plus large de droit au procès équitable.

C'est ainsi que, dans le domaine de la recherche de la preuve par un agent de l'autorité publique, la chambre criminelle de la cour de cassation a invalidé la provocation aux propos auto-incriminants<sup>16</sup>.

Plus récemment, votre Assemblée plénière, après avoir énoncé que porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de la loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique, a jugé que le placement, au cours d'une mesure de garde à vue, durant les périodes de repos séparant

---

<sup>9</sup> : CEDH 24 avril 1990, Kruslin c/ France.

<sup>10</sup> : V. notamment Cass. crim., 9 octobre 1980, bull. n° 255.

<sup>11</sup> : P. Chambon, JCP 1960 - II - 11599 , JCP 1981 - I - 3029 , et ouvrage : le juge d'instruction, 2ème éd. n° 83-84.

<sup>12</sup> : Cass. crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366 - 5 mai 1999, pourvoi n° 97-83.117.

<sup>13</sup> : Cass. crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753 - 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045.

<sup>14</sup> : P. Bouzat, la loyauté dans la recherche des preuves, Mél. L. Hugueney : Sirey, 1964, p. 172).

<sup>15</sup> : S. Guinchard et J. Buisson, procédure pénale, Lexis Nexis, 2012, 8<sup>ème</sup> éd. n° 587.

<sup>16</sup> : Cass. crim., 12 juin 1952, bull. n° 153.

les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable<sup>17</sup>.

Pour autant, le principe de la loyauté de la preuve doit en matière pénale être concilié avec celui de sa liberté, et avec les pouvoirs reconnus aux enquêteurs et aux magistrats dans leur mission de recherche et de poursuite des infractions et d'identification de leurs auteurs, objectif de valeur constitutionnelle.

En effet, comme le souligne un auteur, si la loyauté contribue à la manifestation de la vérité, elle peut aussi réduire cette dernière au silence<sup>18</sup>.

A ce titre, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la sanction d'un comportement déloyal viciant la recherche de la preuve par un agent de l'autorité publique présuppose une démarche positive de provocation de la part de ce dernier.

C'est ainsi que n'est pas jugé constitutif d'un stratagème viciant la preuve obtenue le fait pour un policier, avisé par la victime présumée de faits de corruption active, de se cacher dans son bureau alors qu'elle y recevait les personnes mises en cause, pour surprendre puis retranscrire les conversations<sup>19</sup>, ou encore, étant informé par la victime de faits de trafic d'influence qu'elle allait rencontrer l'auteur potentiel des faits qui devait lui remettre de l'argent, de se rendre au rendez-vous, de constater la remise des fonds et d'interpeller celui-ci<sup>20</sup>.

Au contraire, toute action provocatrice positive est sanctionnée, telle la tenue d'une conversation officieuse avec un suspect, suivie d'une transcription contre le gré de ce dernier des propos échangés<sup>21</sup>, ou, selon une décision récente, l'intervention d'un officier de police judiciaire se substituant, sous un pseudonyme, à la victime présumée d'un chantage pour mener des négociations avec les auteurs de l'infraction supposée<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup>: Cass. Ass. plén. 6 mars 2015, bull. Ass. plén. n°2.

<sup>18</sup> : A . Leborgne, l'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTDC 1996 . 535.

<sup>19</sup> : Cass. crim., 22 avril 1992, bull. n°169.

<sup>20</sup>: Cass. crim., 16 janvier 2008, bull. n°14.

<sup>21</sup> : Cass. crim., 3 avril 2007, bull. n°102.

<sup>22</sup> : Cass. crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-80.313

De même toute incitation d'un tiers ou détournement de procédure procurant aux agents publics une preuve qu'ils n'auraient pu obtenir dans l'exercice régulier de leurs pouvoirs d'investigation est censurée : conversation enregistrée par un tiers à leur demande, provocation par un tiers, mais à l'instigation des policiers, à des échanges de photographies pédo-pornographiques, vol de données informatiques à l'instigation des douanes françaises, contrôle douanier provoqué pour constater une infraction au code de la route, recours à une procédure de contrôle d'identité en zone ouverte au trafic international de voyageurs pour l'exploitation d'une dénonciation anonyme relative à une infraction à la législation sur les stupéfiants<sup>23</sup>.

On doit en déduire avec le Pr. Ph. Conte que *"la déloyauté excessive suppose un acte positif de l'agent public ; à défaut, il est donc en mesure de profiter d'une situation préalable qu'il n'a pas lui-même provoquée ... Le principe (de la loyauté de la preuve en procédure pénale) ne s'oppose donc pas à l'exploitation par les autorités d'une preuve d'origine déloyale ou illicite, si elle a été régulièrement saisie par elles"*<sup>24</sup>.

Le bien fondé de cette analyse est confirmé par l'examen de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui valide une procédure ayant pour origine la saisie régulière de fichiers informatiques volés par un particulier<sup>25</sup>, ou l'utilisation de l'enregistrement fortuit d'une conversation directe échangée par une personne placée sous écoute téléphonique avec un tiers présent à ses côtés<sup>26</sup>.

\*  
\* \* \*

Dans l'arrêt attaqué, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims s'est placée dans la logique de ces principes et solutions.

Tout d'abord et comme l'admettent eux-mêmes les demandeurs dans la première branche du moyen, elle n'a nullement méconnu (cf. arrêt p. 9) que les infractions de chantage et d'extorsion visées dans la plainte initiale, et susceptibles d'être caractérisées, n'entraient pas dans le champ d'application des dispositions du code de procédure pénale relatives aux moyens spéciaux d'enquête réservés à la lutte contre la criminalité et la délinquance organisées, et qu'en conséquence les agents de l'autorité publique ne pouvaient recourir à un dispositif de sonorisation destiné à

---

<sup>23</sup> : Cass. Crim., 19 juin 1989, bull. n° 261 - 11 mai 2006, bull. n° 132 - 28 octobre 1991, bull. n°381- 18 décembre 1989, bull. n° 485 - 3 mai 2007, bull. n°117.

<sup>24</sup> : Ph. Conte, la loyauté de la preuve en procédure pénale : fragile essai de synthèse, Procédures, décembre 2012, dossier n°12.

<sup>25</sup> : Cass crim; 27 novembre 2013, bull. n°238.

<sup>26</sup> : Cass. crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-88.515.

l'enregistrement sans le consentement des intéressés de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel autorisé dans ce cas par l'article 706-96 du code de procédure pénale.

Mais son analyse de la situation de fait, à laquelle il lui appartenait de procéder avant de prononcer sur les requêtes dont elle était saisie, l'a conduite au constat d'une absence d'initiative ou d'intervention des enquêteurs ou des juges d'instruction co-saisis, dans la réalisation par Me Z... les 21 et 27 août 2015 des enregistrements clandestins des propos échangés avec M. X... et Mme Y... lors des rencontres qui ont eu lieu ces jours-là.

La chambre de l'instruction a notamment relevé que *“ces enregistrements sont donc le fait d'un simple particulier cherchant à se ménager des preuves susceptibles de servir les intérêts de son client...”* (arrêt p. 9), que la preuve d'une *“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 Me 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,...en outre, aucune pièce de la procédure ne vient conforter l'hypothèse d'une quelconque instruction donnée par les services de police à Me 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 Me Z..., avocat inscrit au barreau de Paris, procéder à l'enregistrement clandestin ...”* (arrêt p. 10).

La chambre de l'instruction en a déduit que *“la preuve n'est pas rapportée de l'existence d'une collusion entre Me Z... et les services enquêteurs tendant à faire prendre en charge par le premier les enregistrements litigieux”* (arrêt p. 11), et elle a par cette motivation écarté l'argument de détournement de procédure avancé par les demandeurs.

Pour asseoir les griefs contenus dans les trois premières branches de leur premier moyen de cassation, les demandeurs doivent, au contraire de cette appréciation, soutenir que l'examen de la situation de fait les conduit à constater la mise en oeuvre illégale par les enquêteurs d'un dispositif de sonorisation (première branche), ou leur participation à une administration illégale de la preuve (deuxième branche), ou encore une instigation de leur part à une telle démarche (troisième branche).

Mais leur argument est sans réelle portée dès lors qu'il est admis en jurisprudence que les constatations de fait des chambres de l'instruction sont souveraines et échappent au contrôle de la Cour de cassation<sup>27</sup> .

Ce principe a été rappelé dans plusieurs décisions statuant précisément sur des contentieux de nullité, la chambre criminelle de la Cour de cassation évoquant alors "*des constatations relevant du pouvoir souverain des juges d'appel*<sup>28</sup>", ou encore retenant que "*la chambre d'accusation apprécie souverainement le contenu des pièces de la procédure*<sup>29</sup>".

Dans le cas particulier des renvois de cassation, la chambre criminelle, pour écarter un grief pris d'une information tardive donnée à une personne des motifs de son interpellation, a jugé que "*la chambre de l'instruction statuant sur renvoi de cassation disposait du pouvoir souverain d'apprécier les circonstances de l'espèce*<sup>30</sup>".

Votre Assemblée plénière a elle aussi jugé, pour écarter un argument portant sur l'étendue de la saisine de la juridiction correctionnelle, que la cour d'appel statuant comme juridiction de renvoi après cassation totale apprécie souverainement les circonstances de l'espèce<sup>31</sup>. Ce faisant, elle a d'ailleurs validé la décision d'une cour d'appel de renvoi, il s'agissait d'une chambre correctionnelle, qui avait retenu sur un point de fait -en l'occurrence la portée d'une pièce de procédure quant à l'étendue de la saisine- une appréciation différente de celle qu'avait formulé la première juridiction saisie.

De telles décisions sont fondées sur le principe bien connu selon lequel votre Cour régulatrice est sans compétence pour constater les faits ou réviser leur constatation par les juges du fond<sup>32</sup>.

Sur la question précise de la loyauté de la preuve en matière pénale, on peut encore trouver une illustration de ce principe et du pouvoir souverain de la juridiction de renvoi quant à l'appréciation des circonstances de fait dans l'arrêt précité de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 janvier 1999 : cette décision qui, comme on l'a dit plus haut relève qu'une chambre d'accusation saisie sur renvoi de cassation apprécie souverainement le contenu des pièces de la procédure, et peut restituer leur véritable nature aux investigations policières, a approuvé un arrêt rendu sur des considérations factuelles différentes de celles qu'avait retenu la juridiction

---

<sup>27</sup> : H . Angevin, pratique de la chambre de l'instruction, 3<sup>ème</sup> éd. n° 112 et arrêts cités.

<sup>28</sup> : Cass. crim ., 22 avril 1992, précité.

<sup>29</sup> : Cass. crim., 19 janvier 1999, précité.

<sup>30</sup> : Cass. crim., 24 mai 2000, bull. n° 201.

<sup>31</sup> : Cass. Ass. plén., 24 octobre 2003, bull. Ass. plén. n° 3.

<sup>32</sup> : J. et L. Boré, la cassation en matière pénale, 3<sup>ème</sup> éd. n° 105-11 et 105-12.

initialement saisie, en ce qui concerne la qualité de l'auteur d'une atteinte à la vie privée incriminée au titre d'une administration déloyale de la preuve (policier agissant dans ou hors l'exercice de ses fonctions<sup>33</sup>).

Les griefs formulés dans les trois premières branches du moyen réunies tendent en définitive à la remise en question de l'appréciation souveraine portée par la chambre de l'instruction sur les faits et éléments de la cause contradictoirement débattue.

Mais quand bien même on serait tenté d'écarter cette notion d'appréciation souveraine des circonstances de faits de l'affaire par les juges du fond, pour se livrer à ce qui apparaîtrait alors comme un contrôle de motivation portant non sur les faits mais sur l'interprétation qu'en a retenu la chambre de l'instruction, les prétentions des demandeurs n'en seraient pas moins à écarter.

Ce qu'on doit en effet retenir de la jurisprudence fixée par votre Assemblée plénière sur la question de la loyauté de la preuve en matière pénale dans sa décision du 6 mars 2015 précitée, c'est que le procédé censuré est celui dont le but est de porter atteinte au droit à un procès équitable, en constituant un mode de preuve attentatoire aux droits de la défense<sup>34</sup>.

C'est alors, en présence de l'enregistrement illicite de deux conversations privées révélant le comportement présumé répréhensible des demandeurs, la question d'une éventuelle mise en échec du droit de ces derniers à se taire ou à ne pas s'incriminer eux-mêmes qui doit être posée pour apprécier la loyauté ou la déloyauté de la preuve rapportée, et donc son admissibilité.

Le droit de ne pas s'incriminer soi-même est reconnu à toute personne accusée d'une infraction pénale. Il implique que cette personne ne peut être forcée de témoigner contre elle-même et de s'avouer coupable<sup>35</sup>.

Pour la Cour de Strasbourg, ce droit est une des normes du procès équitable<sup>36</sup>.

Il trouve sa traduction en droit interne dans les notifications obligatoires du droit de se taire, à différents stades de la procédure pénale, dans les dispositions relatives à l'assistance par un avocat de la personne poursuivie, et enfin dans l'interdiction d'imposer à cette dernière la remise d'éléments de preuve matériels<sup>37</sup>. Il relève de

---

<sup>33</sup> : Ch. acc. Paris 31 octobre 1996, cf. Cass. crim., 16 décembre 1997, bull. n° 427.

<sup>34</sup> : Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, précité - Ph. Conte, article précité n° 13.

<sup>35</sup> : art. 14.3 g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>36</sup> : CEDH 8 février 1996, John Murray c/ Royaume-Uni - 17 décembre 1996 Saunders c/ Royaume-Uni.

<sup>37</sup> : F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, traité de procédure pénale, 4<sup>ème</sup> éd. n° 589 et s.

l'exigence générale d'équité du procès garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>38</sup>.

Or au cas d'espèce, ce droit n'a nullement été compromis pour les demandeurs.

Les propos susceptibles d'être incriminants ont en effet été tenus non lors d'une audition ou d'un interrogatoire, mais à l'occasion d'entretiens privés, exclusifs de toute contrainte et dont les demandeurs ou l'un d'eux avaient d'ailleurs eux-mêmes pris l'initiative. Une telle situation ne permet évidemment pas d'évoquer une atteinte à un droit qui ne naît que dans le contexte d'une dépendance ou au moins d'un rapport de la personne concernée avec un agent de l'autorité publique.

Il est aussi à noter qu'à la différence des situations le plus souvent rencontrées dans l'examen de questions relatives à la loyauté de l'administration de la preuve en matière pénale, les propos litigieux des demandeurs ne sont pas des aveux ou des indications sur leur implication dans la commission antérieure d'une ou plusieurs infractions pénales, mais ils sont susceptibles de constituer par eux-mêmes cette ou ces infractions.

On ne saurait dès lors critiquer la motivation ci-dessus rappelée de la chambre de l'instruction selon laquelle *"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..."*.

Cette motivation se situe en droite ligne des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation ci-dessus évoqués qui reconnaissent à la victime d'une infraction le droit de s'en constituer la preuve, y compris par des procédés illicites, au cas d'espèce en portant atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, en enregistrant sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, faits incriminés par l'article 226-1 du code pénal.

Imaginerait-on de reprocher aux proches de la victime d'un enlèvement d'avoir enregistré leurs échanges verbaux avec le ravisseur et de confier ensuite cet enregistrement aux policiers ?

En évoquant, par une expression un peu complexe, l'absence de dépossession des moyens d'action de la victime après le dépôt de la plainte, la chambre de l'instruction a bien eu en vue ce type de preuve pénale.

Elle ne peut être critiquée pour avoir jugé qu'en transcrivant sur des procès-verbaux versés au dossier de la procédure des conversations, enregistrées par le représentant de la victime, à son initiative, après saisie régulière des supports sur lesquels il les avait transférés et qu'il leur a remis, les policiers enquêteurs puis les juges d'instruction n'ont pas procédé à une administration déloyale de la preuve des infractions de chantage et d'extorsion dénoncées dans la plainte.

---

<sup>38</sup> : CEDH 25 février 1993, Funcke c/ France.

Ces agents de l'autorité publique ont au contraire régulièrement accompli leur mission de constatation des infractions pénales et de poursuite de leurs auteurs.

Le premier moyen de cassation pris dans ses trois premières branches réunies sera en conséquence écarté.

- sur la quatrième branche du moyen :

Il est constant que dans l'arrêt attaqué, la chambre de l'instruction n'a nullement méconnu l'objet exact des requêtes en nullité dont elle était saisie.

Elle a sans équivoque indiqué : *“Sur les motifs de la décision : les différents motifs de nullité allégués par les mis en examen seront examinés successivement. Sur les conditions de réalisation des enregistrements clandestins des 21 et 27 août 2015 : sont en cause les modalités des deux enregistrements clandestins effectués par Me Z..., avocat du roi du Maroc, des conversations auxquelles il a participé les 21 et 27 août 2015...”* (arrêt p. 7).

La chambre de l'instruction a encore précisé : *“sur l'appréciation des circonstances de 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 Me Z... ...”* (arrêt p. 9).

La chambre de l'instruction n'évoque, à plusieurs reprises d'ailleurs (arrêt p. 3, 6, 7, 10, 12), la rencontre du 11 août 2015 qu'au titre de l'exposé des faits, ou dans son résumé des prétentions des parties, ou encore pour constater l'absence d'initiative des autorités publiques dans l'ensemble des contacts ayant eu lieu entre les demandeurs et le représentant du plaignant.

Les demandeurs ne sauraient critiquer les juges en ce qu'ils ont examiné tous les éléments de l'affaire pour asseoir leur décision sur les enregistrements des conversations des 21 et 27 août 2016.

L'examen du contexte des deux rendez-vous incriminés dans les requêtes en nullité, incluait cette précédente rencontre, et relevait bien de leur office, de sorte que c'est à tort que les demandeurs indiquent dans leur mémoire ampliatif (p. 24 et 25) que *“en outre la chambre de l'instruction a écarté l'instigation par des motifs inopérants. Elle a en effet énoncé que Me Z... avait procédé à l'enregistrement du 11 août sans l'intervention d'aucun service de police. Or seuls sont visés par les requêtes en annulation les entretiens des 21 et 27 août 2015. En conséquence, il importe peu que l'entretien du 11 août ait été réalisé sans l'intervention des services de police”*.

C'est à l'inverse le reproche fait à la chambre de l'instruction, dans la quatrième branche du moyen, d'avoir évoqué et pris en considération les circonstances de cette rencontre du 11 août 2015 pour apprécier le bien fondé des griefs formulées quant à celles qui l'ont suivie qui est inopérant, tout comme le reproche d'avoir retenu que

la victime pouvait persister dans ses actions en vue de l'établissement de la preuves des infractions après son dépôt de plainte, ce qui ne contrevient à aucune règle de la procédure pénale.

Le premier moyen de cassation pris dans sa quatrième branche sera lui aussi écarté.

\*  
\*     \*

**- sur le deuxième moyen de cassation, pris d' une atteinte au secret des sources des journalistes :**

On sait que sur le fondement du respect de la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tenue pour une condition de l'exercice de la démocratie, la Cour de Strasbourg, considérant la place particulière qu' y occupe la presse, énonce que celle-ci doit bénéficier de garanties particulières et que les sources des journalistes relèvent de la liberté inhérente à l'exercice de leur profession et doivent être protégées contre toute ingérence des autorités publiques <sup>39</sup>.

Dans ce domaine de la protection des sources journalistiques, la Cour de Strasbourg, au visa de l'article 10 de la Convention précitée, dont les demandeurs allèguent la violation, a jugé que l'ingérence illégitime de l'autorité publique dans l'activité d'un journaliste, non justifiée par un impératif prépondérant d'intérêt public, peut résulter d' une simple injonction de divulgation d'un document, même non suivie d'effet<sup>40</sup>, ou encore 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, l'absence de résultat des perquisitions n'enlevant pas à ces dernières leur objet, à savoir trouver l'auteur d'une violation du secret professionnel et donc la source du journaliste<sup>41</sup>.

Dans 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 du 4 janvier 2010, dispose que *"le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du 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*

---

<sup>39</sup> : CEDH 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume Uni.

<sup>40</sup> : CEDH 15 décembre 2009, Financial Times Ltd et autres c/ Royaume-Uni n° 821/03 § 56.

<sup>41</sup> : CEDH 25 février 2003; Roemenn et Schmit c/ Luxembourg, n° 51772/99.

*ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources. 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...".*

Si le législateur n'a pas entendu sanctionner pénalement l'atteinte au secret des sources journalistiques, des dispositions du code de procédure pénale garantissent son respect lors de la mise en oeuvre des pouvoirs d'investigations reconnus aux autorités publiques : ainsi des règles particulières sont édictées pour les perquisitions dans les locaux des entreprises de presse (article 56-2 du code de procédure pénale), pour les réquisitions prises dans le cours des enquêtes, qui ne peuvent aboutir au versement à la procédure d'éléments portant atteinte au secret des sources ni violer les dispositions de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 modifiée (articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale), de même que pour l'interception, dans le cours de l'information, de correspondances émises par la voie des communications électroniques (article 100-5 du code de procédure pénale).

Ce dernier texte, dont la violation est alléguée par les demandeurs, précise qu'à 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.

Pour écarter le grief d'atteinte au secret des sources journalistique formulé par M. X... et par Mme Y..., la chambre de l' instruction dans l' arrêt attaqué a relevé que " ... les mis en examen ... n'établissent pas en quoi la transcription des enregistrements litigieux des 21 et 27 août 2015 a permis d'identifier leurs sources"(arrêt p.12).

Au titre de l'exposé des faits, et donc des constatations qui relèvent de l'appréciation de la chambre de l' instruction et ne sont d' ailleurs pas contestées par les demandeurs, l'arrêt attaqué retient en substance que par un premier contact dont il a pris l'initiative, M. Eric X... a souhaité rencontrer un personnel du secrétariat particulier du roi du Maroc pour l'entretenir d'informations dont il disposait, confidentielles et préjudiciables au monarque, que Me Z... mandaté par le roi du Maroc, avait rencontré M. X... qui lui avait fait part de la publication prochaine d'un ouvrage co-écrit avec Mme Catherine Y..., à laquelle tous deux étaient disposés à renoncer moyennant le paiement d'une somme de 3 000 000 d'euros, que Me Z..., souhaitant obtenir des gages de la crédibilité de toutes ces informations "*pour pouvoir mettre en face des montants*", est convenu d'une deuxième puis d'une troisième rencontre au cours de laquelle, alors qu' il "*avait pour mission de voir les documents en question*", le tout afin d'achever la matérialisation du chantage, une négociation avait conduit à la rédaction d'un accord contractuel écrit et à la remise d'acomptes, les trois rencontres ayant donné lieu à des enregistrements sonores réalisés par Me Z... sur son téléphone portable, ces enregistrements, transférés sur des supports remis aux enquêteurs qui les ont saisis, s'étant pour le premier d'entre eux avéré inaudible et ayant pour les deux autres été transcrits sur des procès-verbaux versés à la procédure (arrêt p. 3 et 4).

Les dispositions de l' article 100-5 du code de procédure pénale assurent la protection du secret des sources journalistiques contre l'ingérence de l'autorité publique que constitue l'interception de correspondances émises par la voie des communications électroniques ordonnée par le juge d'instruction.

On observe en premier lieu que la situation envisagée par ce texte ne se rencontre pas au cas d' espèce, dans lequel sont en question non l'ingérence de l' autorité publique que constitueraient des écoutes téléphoniques ordonnées par un juge d'instruction, mais des enregistrements sans consentement de paroles prononcées à titre privé, autrement dit des dispositifs de sonorisation, mis en oeuvre par une personne privée, en l'occurrence un représentant du plaignant.

Par un arrêt du 12 septembre 2000 rendu dans une espèce où un employé de France-Télécom avait intercepté, enregistré et transcrit le contenu de messages pornographiques susceptibles d'être vus ou perçus par des mineurs, le caractère de preuve déloyalement acquise constituée par de tels enregistrements étant invoqué, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que les dispositions des articles 100 et suivants du code de procédure pénale ne s'appliquaient pas à de telles opérations réalisées par une personne privée<sup>42</sup>.

Par ailleurs Mme Y..., initialement seule à soutenir cet argument d' atteinte au secret des sources journalistiques dans sa requête saisissant la chambre de l'instruction, et qui n'était présente qu'à la troisième rencontre, indique bien dans le mémoire qu' elle a déposé devant la juridiction de renvoi que *"la cour observera à la lecture des trois (sic) enregistrements que Me Z... sollicite en permanence l'obtention de documents permettant in fine l'identification des sources des deux journalistes"*, et encore que *"il était parfaitement évident que dans l'hypothèse d'une sonorisation légale les transcriptions devenaient impossibles dans l'hypothèse d'une source révélée"* (mémoire du 6 janvier 201, p. 15).

Mais d'une part , évoquant seulement des demandes de présentation documents et non d'indication de personnes, elle n'établit rien de concret quant à la réalisation de l'hypothèse d'une *"source révélée"* qu'elle a formulée, et d' autre part elle invoque la violation de l'article 100-5 du code de procédure pénale, traitant de la transcription d'écoutes téléphoniques ordonnées par le juge d'instruction, texte non applicable au cas d'espèce comme le constatait sa propre argumentation qui dénonçait une sonorisation réalisée par le représentant du plaignant.

Fondé sur la violation des mêmes articles 10 Conv. EDH et 100-5 du code de procédure pénale et sur les jurisprudences de la Cour de Strasbourg et de votre Cour de cassation, le deuxième moyen de cassation, souligne bien que les dispositions invoquées *"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"*.

---

<sup>42</sup> : Cass. crim., 12 septembre 2000, bull. n° 265.

Votre arrêt "Mignot" du 25 février 2014<sup>43</sup> est invoqué à tort par les demandeurs (mémoire ampliatif p.30), puisqu'il traite de l'absence ou l'insuffisante démonstration d'un impératif prépondérant d'intérêt public susceptibles de justifier les ingérences litigieuses, question étrangère au cas d'espèce.

A supposer même que les demandeurs soient suivis dans leur argumentation relative à l'auteur des ingérences dénoncées, ils ne démontrent pas que des questionnements précis relatifs à leurs sources, fussent-ils restées infructueux, leur aient été adressés, personne ne contestant le fait que le représentant du plaignant s'est borné à demander la présentation de documents, qui lui a été refusée (côte D 138 du dossier), avant que la transaction "à l'aveugle" à laquelle il a finalement souscrit ne soit conclue sur la base d'une promesse de versement de 2 000 000 d'euros au lieu des 3 000 000 d'euros initialement exigés.

La motivation certes lapidaire de la chambre de l'instruction rend compte de cette lacune dans la démonstration des demandeurs et elle n'encourt pas la critique formulée. Le deuxième moyen de cassation sera en conséquence écarté.

\*  
\* \* \*

**- observations préalables sur les troisième et quatrième moyens de cassation :**

*Selon l'article 609-1 du code de procédure pénale, "lorsque la Cour de cassation annule un arrêt d'une chambre de l'instruction statuant sur un appel d'une ordonnance de règlement, elle renvoie le procès et les parties devant une autre chambre de l'instruction qui devient compétente pour la poursuite de l'ensemble de la procédure. Lorsque la Cour de cassation annule un arrêt de chambre de l'instruction autre 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 ...".*

En application de ces dispositions, devant la chambre de l'instruction statuant après renvoi de cassation, seuls peuvent être invoqués les moyens de nullité qui avaient été soulevés devant la chambre de l'instruction dont l'arrêt a été cassé<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> : Cass. crim., 25 février 2014, bull. n° 54.

<sup>44</sup> : Cass. crim., 24 mai 2000, bull. n° 201 - 11 juin 2002, bull. n° 130.

Présentés par les demandeurs pour la première fois dans leurs mémoires déposés en vue de l'audience de la chambre de l'instruction de Reims, juridiction de renvoi, les moyens de nullité pris d'une violation des dispositions des articles 114 et 116 du code de procédure pénale : caractère incomplet du dossier de la procédure mis à disposition de leurs avocats lors de leur interrogatoire de première comparution, et d'une violation des dispositions de l'article 80-1 du code de procédure pénale : absence d'indices graves et (sic) concordants permettant la mise en examen de M. X..., étaient en conséquence irrecevables.

La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims n'en a pas moins prononcé sur le fond pour ce qui les concerne, en les rejetant.

Dans une situation analogue, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré irrecevable faute d'intérêt le moyen critiquant le rejet par une cour d'appel d'une exception que cette juridiction aurait dû déclarer irrecevable<sup>45</sup>.

Votre Assemblée plénière pourra, en adoptant un même raisonnement, déclarer irrecevables les troisième et quatrième moyens de cassation de M. X... et de Mme Y....

Les observations qui suivent sont formulées à titre subsidiaire.

**- sur le troisième moyen de cassation : caractère incomplet du dossier mis à disposition des avocats des requérants lors de la première comparution de ces derniers :**

Pour l'application des dispositions des articles 114 et 116 du code de procédure pénale, dont la violation est invoquée, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge d'abord que le dossier mis à la disposition du conseil de la personne présentée au juge d'instruction doit, à peine de nullité, être complet et comporter toutes les pièces de la procédure en l'état où elle se trouve au moment où a lieu la communication<sup>46</sup>.

Elle considère ensuite que le moyen de nullité proposé par une personne, pris de l'irrégularité de sa mise en examen en raison de l'absence au dossier de certaines pièces lors de son interrogatoire de première comparution, est à bon droit écarté par la chambre de l'instruction qui relève que, lors de cet acte, son avocat, qui avait été en mesure de consulter l'intégralité du dossier dans les conditions prévues à l'article 116 du code de procédure pénale, n'a formulé aucune observation et que la personne mise en examen ayant exercé son droit de se taire, le juge d'instruction ne lui a posé aucune question sur les faits<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> : Cass. crim., 19 janvier 1971, bull. n°17 - cf. J. et L. Boré, la cassation en matière pénale, 3<sup>ème</sup> éd. n° 113-42.

<sup>46</sup>: Cass. crim., 3 août 1935, D P. 37. 1 . 94 - 28 juillet 1958, bull. n° 589.

<sup>47</sup>: Cass. crim., 18 février 2015, pourvoi n° 14-82.019 - 9 avr. 2015, pourvoi n° 14-87.660.

Elle décide enfin que n'encourt pas la censure l'arrêt d'une chambre de l'instruction dont les énonciations établissent que l'intéressé avait connaissance du contenu de pièces dont l'absence au dossier lors de l'interrogatoire de première comparution est critiquée, pour avoir été interrogé sur elles par les enquêteurs, et sans qu'il formule de réserves sur ce point devant le juge d'instruction, dès lors que la nullité 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<sup>48</sup>.

Les demandeurs aux pourvois relèvent, pour asseoir leur grief, que lors de l'interrogatoire de première comparution et de la mise en examen de chacun d'eux les 28 et 29 août 2015 (côtes D212 - D217 et D218 - D221), le dossier ne comportait ni la plainte déposée au nom du roi du Maroc et du royaume du Maroc, laquelle n'a été versée au dossier que le 4 septembre 2015, ni la retranscription du premier entretien du 11 août 2015 entre M. X... et Me Z..., effectuée par un huissier de justice marocain mandaté par le plaignant et annexée à la plainte.

Pour écarter cet argument, la chambre de l'instruction, dans l'arrêt attaqué, a relevé, s'agissant des deux demandeurs, que *“lors de leur interrogatoire de première comparution, 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”*.

Puis elle a ajouté que *“... 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”*.

Par cette motivation la chambre de l'instruction relève d'abord que le dossier mis à disposition au moment des interrogatoires de première comparution comportait bien toutes les pièces figurant alors dans la procédure.

Les demandeurs ne contestent pas ce point. Dès lors, leur critique sur l'absence de la plainte initiale et son annexe, et sur l'absence de communication de cette plainte sur laquelle, soutiennent-ils, repose l'accusation et toute la procédure, peut certes viser le déroulement et la conduite de l'information, qu'ils désapprouvent, mais elle ne saurait caractériser une violation des dispositions des articles 114 et 116 du code de procédure pénale.

---

<sup>48</sup> : Cass. crim., 16 janvier 2016, pourvoi n° 16-81.038.

La chambre de l'instruction souligne ensuite que la situation dénoncée n'a pas occasionné de grief aux demandeurs, puisque l'un était très précisément informé des faits qui lui étaient reprochés dans la plainte, ce qui résulte de ses déclarations devant le magistrat instructeur, et que l'autre a fait usage de son droit au silence.

Ces solutions sont conformes à la jurisprudence résultant des arrêts qui viennent d'être évoqués et le troisième moyen de cassation, sous réserve de sa recevabilité, devra en conséquence être écarté.

**- sur le quatrième moyen de cassation : absence d'indices graves ou concordants permettant la mise en examen de M. X... :**

L'article 80-1 du code de procédure pénale modifié par la loi 2000- 516 du 15 juin 2000 limite la possibilité de la mise en examen d'une personne au seul cas où il existe à son encontre des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi.

La question de l'appréciation de cette situation peut se poser à l'occasion d'un contentieux de nullité, si la personne mise en examen demande l'annulation de cette décision au motif qu'il n'existe pas d'indices graves ou concordants à son encontre.

Elle peut aussi se poser lorsque la personne mise en examen, estimant au cours de l'information que les conditions légales de ce statut ne sont plus remplies, demande au juge d'instruction de lui octroyer le statut de témoin assisté (article 80-1-1 du code de procédure pénale).

La possibilité d'une mise en examen peut enfin donner lieu à appréciation divergente du ministère public, dont les réquisitions sur cette question peuvent n'être pas suivies par les juridictions d'instruction et qui peut contester la décision prise à cet égard.

Dans tous ces cas, la contestation de la position adoptée par le juge d'instruction peut donner lieu à saisine de la juridiction d'instruction du second degré, qui doit vérifier que la décision prise est bien fondée sur l'existence ou sur l'absence d'indices graves ou concordants de participation à la commission des faits.

Dans ce domaine, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que les juridictions d'instruction ont une marge d'appréciation quant au moment où elles décident de notifier une mise en examen, pouvant préférer le recours au statut de témoin assisté, et qu'en tous cas leur appréciation de l'existence d'indices graves ou concordants justifiant la mise en examen est une question de pur fait, échappant à son contrôle, 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 de tels indices.

En d'autres termes l'appréciation par les juridictions d'instruction de l'existence et de la suffisance de ces indices graves ou concordants est souveraine<sup>49</sup> .

Au cas d'espèce, la chambre de l'instruction saisie par M. X... d'une contestation de la régularité de sa mise en examen pour défaut d'indices graves et (sic) concordants s'est conformée à cette jurisprudence, en rappelant que : *“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 deux 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”*.

On observe au demeurant que le demandeur reproche à la chambre de l'instruction un défaut de réponse à ses arguments invoquant l'absence de toutes violences, menaces ou contraintes ainsi que l'absence des propos attentatoires à l'honneur du roi du Maroc, absence qui, selon lui, exclut tout indice grave ou concordant de la commission des délits d'extorsion et de chantage.

Une telle argumentation ne saurait emporter la conviction, sauf à confondre la notion d'indices graves ou concordants avec celle d'éléments constitutifs des infractions en question, dont la caractérisation devra être appréciée à d'autres stades de la procédure, mais ne conditionne pas la décision de mise en examen.

Ainsi le quatrième moyen de cassation se limite à une remise en question, après débat contradictoire, de l'appréciation souveraine portée par la chambre de l'instruction sur l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation de M. X... aux infractions dont le juge d'instruction est saisi, et il repose en outre sur un grief inopérant.

Sous réserve de ce qui a été dit plus haut sur sa recevabilité, il devra en tout état de cause être écarté.

\*  
\*   \*

---

<sup>49</sup>: JCP proc. pén., art. 79 - 84 , fasc. 20 n° 80 - 83 - Cass. crim., 14 mai 2002, bull. n°111-14 septembre 2004, pourvoi n° 04-83.793 - 29 mars 2006, bull. n°99 - 25 avril 2006, pourvoi n° 05-86.875-13 septembre 2011, bull. n° 176 - 11 juin 2013, bull. n° 133 - 10 décembre 2013(deux arrêts), pourvois n° 13-84.286 et 13-84.915 - 14 avril 2015 (trois arrêts), bull . n° 78, 79 et 84 - 28 juin 2016, pourvoi n° 15-86.946).

**4/ AVIS :**

En conclusion, j'invite votre Assemblée plénière à rejeter les pourvois en cassation de M. X... et de Mme Y..., après avoir écarté leurs premier et deuxième moyens, et déclaré irrecevables faute d'intérêt, ou subsidiairement écarté leurs troisième et quatrième moyens.

