

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 879



*Publication  
bimensuelle*

*1<sup>er</sup> avril  
2018*

# Consultez sur www.courdecassation.fr

*le site de la Cour de cassation*



COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

JURISPRUDENCE

PUBLICATIONS

ÉVÉNEMENTS

HAUTES  
JURIDICTIONS

INFORMATIONS  
& SERVICES



## La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français



Siégeant dans l'enceinte du palais de justice de Paris, la Cour de cassation a pour mission de contrôler l'exacte application du droit par les tribunaux et cours d'appel. Afin de garantir une interprétation uniforme de la loi, l'article L 411-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : **"Il y a pour toute la République une Cour de cassation"**.

[Présentation](#) [Organisation](#)

## Derniers arrêts mis en ligne

- ◆ Communiqué relatif à l'arrêt dit AZF du 13 janvier 2015  
**DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS**
- ◆ Arrêt n° 6661 du 13 janvier 2015 (12-87.059) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR06661  
**DESTRUCTIONS, DÉGRADATIONS ET DÉTERIORATIONS**
- ◆ Arrêt n° 616 du 9 janvier 2015 (13-80.967) - Cour de cassation - Assemblée plénière - ECLI:FR:CCASS:2015:AP00616  
**TRAVAIL, APPEL CORRECTIONNEL OU DE POLICE**

[ARRÊTS](#) [AVIS](#) [COMMUNIQUÉS](#) [TRADUCTIONS EN 6 LANGUES](#)



1<sup>re</sup> chambre civile

## Actualités

- ◆ **Affaire AZF : Consulter le communiqué et l'arrêt**
- ◆ **Activité 2014 de la Cour en quelques chiffres-clés**
- ◆ **Retournée solennelle : consulter les discours**
- ◆ **Communiqué relatif à l'arrêt d'assemblée mixte du 09.01.15**

[Voir les précédentes Unes](#)

## Questions prioritaires de constitutionnalité

- ◆ Arrêt n° 7873 du 13 janvier 2015 (14-90.044) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR07873
- ◆ Arrêt n° 2 du 6 janvier 2015 (14-87.893) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2015:CR00002

QPC soumises à la Cour de cassation

[par date](#) [par texte](#)

## Informations et suivi d'un pourvoi

- ◆ Service de l'accueil et services du greffe
- ◆ Bureau d'aide juridictionnelle
- ◆ Charte de la procédure des justiciables

[SUIVRE VOTRE AFFAIRE](#)

## Colloques à venir

26 janvier 2015

5 février 2015

CYCLE HISTOIRE 2015 - LES PROCES POLITIQUES DANS L'HISTOIRE

[Voir tous les colloques](#)

## Liens professionnels

- Experts judiciaires (dont traducteurs)
- Marchés publics
- Commander des arrêts en ligne
- Contact presse

Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Fonds ancien de la bibliothèque

Sites partenaires



COUR DE CASSATION

# Bulletin *d'information*

---

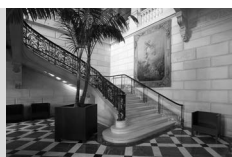
*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*

# En quelques mots...

## Communications



Le 10 novembre, l'assemblée plénière a « rappelé les impacts réduits de l'exigence de loyauté s'agissant des procédés de provocation à la preuve relativement à la preuve administrée par [un] particulier », qui peut « réaliser un enregistrement à l'insu de la personne enregistrée, que ce soit pour prouver l'infraction dont il se prétend [...] victime ou pour se défendre relativement à une infraction qui lui est reprochée, [...] sans que l'exigence de loyauté de la preuve puisse être considérée comme transgressée » ni « que le droit au procès équitable puisse être regardé comme atteint dès lors que [...] la preuve ainsi provoquée et obtenue peut être discutée contradictoirement devant la juridiction de jugement » (Rodolphe Mésa, *Gaz. Pal.* 2017, n° 44, p. 26), l'auteur précisant qu'il en irait autrement « si le procédé de provocation à la preuve mis en œuvre par les enquêteurs ou par un particulier avec la participation de ceux-ci est de nature à porter atteinte à un droit fondamental ou processuel de la personne poursuivie [...] ».

## Jurisprudence



Pour Cédric Ribeyre (*JCP* 2017, éd. G, II, 1376), cette solution « ne remet [...] pas en cause la jurisprudence de la chambre criminelle relative à la preuve déloyale versée par un particulier - en l'espèce avocat, qui n'est pas assimilé à une autorité publique - dans le dossier pénal ». En effet, « la preuve pénale se démarque [...] de la preuve civile en raison des enjeux qui l'entourent et de la nécessité de rechercher la vérité pénale ». Toutefois, les faits de l'espèce caractérisaient une « situation intermédiaire [...] entre le piège tendu par un particulier et celui tendu par des policiers », « la question [étant] donc de savoir si c'étaient les enquêteurs [n'ayant « pas réalisé eux-mêmes les enregistrements litigieux »] ou l'avocat de la victime qui tiraient les ficelles », question relevant du droit de la preuve et donc de l'appréciation des faits par les juges du fond, et « la chambre de l'instruction de renvoi [semble] avoir suffisamment bien démontré l'inexistence d'une participation directe ou indirecte des enquêteurs dans l'obtention des enregistrements ».

## Doctrine



Par arrêt du 23 novembre dernier, la troisième chambre civile (*infra*, n° 409) a cassé, « au regard des articles 555 du code civil et L. 411-50 du code rural et de la pêche maritime », l'arrêt « qui retient que le bailleur laisse au locataire, pendant la durée du bail, la propriété des ouvrages et plantations qu'il a régulièrement élevés, l'article 555 précité n'ayant vocation à régler leur sort qu'à l'expiration du bail, sans rechercher si les plantations n'étaient pas intervenues avant le renouvellement des baux, de sorte qu'elles seraient devenues la propriété du bailleur lors de ce renouvellement », solution « de principe » bien que « dépourvue de force impérative » selon Benoît Grimonprez (*JCP* 2017, éd. N, II, n° 1341), dans la mesure où « les parties au bail sont libres de la corriger », l'auteur précisant néanmoins qu'à défaut « de stipulations écrites en ce sens, une telle situation reviendra pour les parties au contrat à « se soumettre à la mécanique de l'accession en fin de bail, avec les effets qui s'ensuivent ».

Le 29 novembre, la deuxième chambre civile a jugé (*infra*, n° 407) que « l'exercice de la faculté de renonciation, prévue par l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction issue de la loi [...] du 4 janvier 1994, en cas de défaut de remise des documents et informations qu'il énumère, ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 1382, devenu l'article 1240, du code civil, fût-ce au titre du même manquement de l'assureur à son devoir d'information, l'appréciation des conséquences dommageables de ce manquement sur le terrain de la responsabilité civile devant alors tenir compte de la restitution des sommes versées et du paiement des intérêts au taux légal mis en ce cas à la charge de l'assureur », solution qui « marque la persistance de la responsabilité civile, d'origine jurisprudentielle, de l'assureur et du distributeur en cas de manquement à leur devoir général d'information, de conseil et de mise en garde, nonobstant les nouvelles obligations légales en matière d'information documentaire » (Luc Mayaux, *RGDA* 2018, p. 50).

# Table des matières

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

### I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

*Arrêt du 10 novembre 2017 rendu*

*par l'assemblée plénière* Page

Preuve \_\_\_\_\_ 6

### II. - TITRES ET SOMMAIRES D'AVIS

AVIS DES CHAMBRES Numéro

Cassation \_\_\_\_\_ 401

### III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES Numéros

4

• Accident de la circulation _____	402
Alsace-Moselle _____	403
Appel civil _____	404-405
Assurance de personnes _____	406-407
Avocat _____	408
Bail (règles générales) _____	409
Bail commercial _____	410-435
Bail d'habitation _____	411
Banque _____	412
Banqueroute _____	444
Chambre de l'instruction _____	413
Conflit collectif du travail _____	414
Construction immobilière _____	415
Contrat de travail, durée déterminée _____	416
Contrat de travail, exécution _____	417
Contrat de travail, rupture _____	418-419
Convention européenne des droits de l'homme _____	420
Copropriété _____	421-422

Cour d'assises _____	423 à 426
Détention provisoire _____	427 à 429
Élections professionnelles _____	430-431
Entreprise en difficulté _____	432
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) _____	433
État civil _____	434
Expert judiciaire _____	435
Fonds de garantie _____	436
Instruction _____	437-438
Jugements et arrêts par défaut _____	439
Juridictions correctionnelles _____	440-441
Lois et règlements _____	442
Mineur _____	443
Peines _____	444
Pouvoirs des juges _____	445
Prescription civile _____	446
Preuve _____	447
Procédure civile _____	448
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle _____	449
Sécurité sociale _____	450 à 452
Sécurité sociale, contentieux _____	453
Sécurité sociale, prestations familiales _____	454
Servitude _____	455
Statut collectif du travail _____	456

\* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Succession	457
Travail réglementation, rémunération	458-459
Travail réglementation, santé et sécurité	460

# Jurisprudence

## Cour de cassation

### I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 10 NOVEMBRE 2017 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Titre et sommaire	Page 6
Arrêt	Page 6
Note	Page 9
Rapport	Page 11
Avis	Page 30

6  
•

### Preuve

*Libre administration. - Étendue. - Limites. - Atteinte au principe de la loyauté des preuves. - Cas. - Participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée. - Participation indirecte. - Conditions. - Détermination. - Portée.*

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

**Ass. plén. - 10 novembre 2017.**

*REJET*

N° 17-82.028. - CA Reims, 16 février 2017.

M. Louvel, P. Pt. - Mme Slove, assistée de M. Mihman, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, Rap. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Spinosi et Sureau, Av.

### ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1° M. Eric X..., domicilié (...), 27150 La Neuve-Grange,



2° Mme Catherine Y..., domiciliée (...), 92140 Clamart,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Reims, en date du 16 février 2017, qui, sur renvoi après cassation (Crim., 20 septembre 2016, pourvoi n° 16-80.820), dans l'information suivie contre eux des chefs de chantage et d'extorsion de fonds, a rejeté leur demande en annulation de pièces de la procédure ;

Par ordonnance du 11 mai 2017, le président de la chambre criminelle a joint les pourvois et prescrit leur examen immédiat ;

La chambre criminelle a, par arrêt du 6 septembre 2017, décidé le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière ;

Les demandeurs invoquent, devant l'assemblée plénière, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Piwnica et Molinié ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Spinosi et Sureau, avocat du royaume du Maroc ;

Le rapport écrit de Mme Slove, conseiller, et l'avis écrit de M. Wallon, avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le rapport de Mme Slove, conseiller, assistée de M. Mihman, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, de la SCP Spinosi et Sureau, l'avis de M. Wallon, avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, le 20 août 2015, M. Z..., avocat, agissant au nom du royaume du Maroc, a dénoncé au procureur de la République des faits de chantage et d'extorsion de fonds en joignant à sa plainte l'enregistrement d'une conversation qui s'était déroulée le 11 août précédent entre le représentant de cet État, M. A..., et M. X..., auteur avec Mme Y... d'un livre paru en 2012 sous le titre « Le roi prédateur », conversation au cours de laquelle M. X... aurait sollicité le paiement d'une somme d'argent contre la promesse de ne pas publier un nouvel ouvrage consacré au souverain marocain ; qu'au cours de l'enquête préliminaire ouverte sur ces faits, M. A... a produit, le 21 août, l'enregistrement d'une nouvelle conversation qu'il venait d'avoir avec M. X..., en un lieu placé sous la surveillance des enquêteurs, qui en ont par ailleurs retranscrit la teneur sur procès-verbal ; qu'après ouverture, le 26 août, d'une information judiciaire, M. A... a informé les enquêteurs qu'un nouveau rendez-vous avait été pris avec M. X... et Mme Y... le 27 août, lequel s'est déroulé en un lieu également placé sous surveillance policière ; qu'à l'issue de la conversation entre les trois protagonistes, enregistrée par M. A..., des sommes d'argent ont été remises par ce dernier aux deux journalistes, qui ont alors été interpellés, les enquêteurs retranscrivant l'enregistrement sur procès-verbal ; que, mis en examen des chefs de chantage et extorsion de fonds les 28 et 29 août 2015, M. X... et Mme Y... ont saisi la chambre de l'instruction de deux requêtes en nullité notamment des procès-verbaux de retranscription des enregistrements des 21 et 27 août 2015 et des actes subséquents ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... et Mme Y... font grief à l'arrêt de rejeter le moyen de nullité pris de la participation indirecte des autorités publiques au recueil des preuves produites par un particulier et dire n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure alors, selon le moyen :

1° *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 ;*

2° *Que le droit au procès équitable et le principe de loyauté des preuves imposent aux autorités publiques de ne pas participer, directement ou indirectement, à 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 maître A... 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 maître A... 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 à l'administration de ces preuves était valide, la chambre de l'instruction a méconnu les textes et le principe précités ;*

3° *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 ;*

*4° Qu'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 ;*

Mais attendu que l'arrêt retient 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 elle prête des agissements répréhensibles ; que 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, interpellé les auteurs ; qu'on ne saurait déduire de l'existence d'une présence policière aux abords de l'hôtel où ont eu lieu les rencontres un accord préalable et concerté des enquêteurs avec M. A... sur les enregistrements clandestins effectués ; qu'au demeurant, lors de ces surveillances, les policiers se trouvaient à l'extérieur de l'établissement et n'étaient pas à même de constater les manœuvres de M. A... tendant aux enregistrements clandestins avec son téléphone portable ; que, certes, M. A... a adressé ses enregistrements aux policiers dans un délai très bref après chaque rencontre, mais que ce simple constat est dépourvu de toute portée quant au rôle actif susceptible d'être prêté aux enquêteurs par les mis en examen ; qu'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 ; que M. A..., 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 ; qu'en conséquence, la preuve n'est pas rapportée de l'existence d'une collusion entre M. A... et les services enquêteurs tendant à faire prendre en charge par le premier les enregistrements litigieux ; que, si les policiers pouvaient raisonnablement se douter de l'enregistrement de la troisième rencontre par M. A... compte tenu de la connaissance qu'ils avaient de son enregistrement clandestin du deuxième rendez-vous, rien ne permet d'affirmer qu'ils avaient connaissance de cette intention dès la deuxième rencontre ; que le concept de « participation », même indirecte, suppose l'accomplissement, par les enquêteurs, d'un acte positif, si modeste soit-il ; que 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 ;

Que la chambre de l'instruction a pu en déduire l'absence de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements litigieux, ce dont il résultait que le principe de la loyauté de la preuve n'avait pas été méconnu ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que M. X... et Mme Y... font aussi grief à l'arrêt d'écarter le moyen de nullité pris de l'atteinte au secret des sources et dire n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure alors, selon le moyen, *que 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 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 les dispositions susvisées ;*

Mais attendu qu'ayant relevé que les demandeurs, s'ils invoquaient une violation de l'article 100-5 du code de procédure pénale, n'établissaient pas en quoi la transcription des enregistrements litigieux, dont elle avait constaté qu'ils avaient été réalisés par une personne privée sans intervention de l'autorité publique, avait permis d'identifier leurs sources, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;

Sur les troisième et quatrième moyens, réunis :

Attendu que M. X... et Mme Y... font enfin grief à l'arrêt de rejeter les moyens de nullité pris du défaut d'accès au dossier complet de la procédure avant les interrogatoires de première comparution et de l'absence d'indices graves ou concordants, et de dire n'y avoir lieu à annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure alors, selon le moyen :

*1° 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 ;*

*2° 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 le mis en examen 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 ;*

Mais attendu qu'il résulte des articles 174 et 609-1 du code de procédure pénale que, devant la chambre de l'instruction statuant sur renvoi après cassation, seuls peuvent être invoqués les moyens de nullité qui avaient été soulevés devant la chambre de l'instruction dont l'arrêt a été annulé ; que, dès lors, les demandeurs ne sauraient reprocher à l'arrêt de rejeter leurs demandes de nullité fondées sur des moyens qui n'avaient pas été soulevés devant la chambre de l'instruction initialement saisie ; que le moyen est inopérant ;

## PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

**Ass. plén. - 10 novembre 2017**

*REJET*

N° 17-82.028. - CA Reims, 16 février 2017.

M. Louvel, P. Pt. - Mme Slove, Rap., assistée de M. Mihman, auditeur. - M. Wallon, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Spinosi et Sureau, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 2304. Voir également la Gaz. Pal. 2017, n° 44, p. 26, note Rodolphe Méssa, le JCP 2017, éd. G, II, 1366, note Alexandre Gallois, et 1376, note Cédric Ribeyre, la revue Procédures 2018, comm. 23, note Anne-Sophie Chavent-Leclère, le D. 2018, p. 103, note Olivier Décima, et la Gaz. Pal. 2018, n° 3, p. 57, note François Fourment.*

### Note sous assemblée plénière, 10 novembre 2017

Par le présent arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation prononce sur l'étendue de l'obligation de loyauté dans l'administration de la preuve en matière pénale.

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

Ainsi, 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. Si la loi autorise des opérations d'infiltration menées par des enquêteurs dans des conditions procédurales bien définies pour le constat de certaines infractions 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 pédopornographiques commis par la voie d'internet ou pour lutter contre le terrorisme, les dispositions légales précisent que, pour être licite, l'intervention de ces enquêteurs ne peut, à peine de nullité, constituer une incitation à commettre des infractions. De la même manière, le contournement et le détournement de procédure par un agent de l'autorité publique sont prohibés.

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. 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 n'a pas été déterminée par les agissements des enquêteurs.

La nature des actes des enquêteurs apparaît ainsi déterminante dans la qualification du procédé utilisé, au regard du principe de loyauté des preuves.

La chambre criminelle a jugé que sont des procédés loyaux les écoutes ou les interceptions téléphoniques obtenues par des enquêteurs demeurés passifs et laissant faire les événements (Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, *Bull. crim.* 1992, n° 169) ou obtenues sans artifice ni stratagème sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, et dont la transcription a été contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense (Crim., 3 juin 1992, pourvoi n° 91-84.562, *Bull. crim.* 1992, n° 219).

Récemment, la chambre criminelle a précisé que, dans la mesure où le recueil des preuves « a été obtenu sans actes positifs de l'autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal », ses conséquences restaient régulières et non sujettes à nullité. Ainsi, un juge peut laisser un détenu se servir d'un téléphone irrégulièrement introduit dans un établissement pénitentiaire pour enregistrer ses conversations et les exploiter (Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-87.914, *Bull. crim.* 2015, n° 87).

En revanche, le placement, au cours d'une mesure de garde à vue, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, à seule fin de susciter des échanges verbaux enregistrés à leur insu, constitue un procédé d'enquête 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, ce stratagème en viciant la recherche (assemblée plénière, 6 mars 2015, pourvoi n° 14-84.339, *Bull. crim.* 2015, Ass. plén., n° 2).

En l'espèce, à la suite d'une plainte dénonçant au procureur de la République des faits de chantage et d'extorsion de fonds commis par les auteurs d'un ouvrage à paraître sur un souverain étranger, ayant sollicité la remise d'une très forte somme d'argent contre l'engagement de renoncer à leur projet et de ne pas publier les informations compromettantes en leur possession, à laquelle était joint un enregistrement clandestin d'une conversation entre le représentant du monarque et un journaliste, une enquête préliminaire a été ouverte. Le représentant du roi a produit un enregistrement d'une nouvelle conversation qu'il venait d'avoir avec cet interlocuteur, en un lieu placé sous la surveillance des enquêteurs, qui en ont par ailleurs retranscrit la teneur sur un procès-verbal. Après l'ouverture d'une information judiciaire, il a informé les enquêteurs qu'un nouveau rendez-vous avait été pris avec les deux auteurs, lequel s'est déroulé en un lieu également placé sous surveillance policière. À l'issue de la conversation entre les trois protagonistes, enregistrée par le représentant du plaignant, des sommes d'argent ont été remises par ce dernier aux deux journalistes, qui ont alors été interpellés, les enquêteurs retranscrivant ensuite l'enregistrement sur procès-verbal.

Par un arrêt du 26 janvier 2016, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a rejeté les requêtes en annulation de pièces des deux mis en examen en considérant essentiellement que les magistrats et les enquêteurs s'étaient contentés de mettre en place un dispositif de surveillance et d'interpellation laissant le conseil de la victime potentielle libre de se constituer des preuves personnelles et que la position en retrait des enquêteurs ne pouvait être

assimilée à un contournement déloyal des moyens de preuve et se justifiait puisqu'elle avait pour seul objectif que soit révélée l'existence des agissements délictueux des mis en examen afin d'en permettre la constatation et d'en arrêter la continuation.

Par un arrêt du 20 septembre 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation, rappelant 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, a censuré la décision qui avait refusé d'annuler des enregistrements de conversations privées, réalisés par le représentant d'un plaignant sans le consentement de ses interlocuteurs, soupçonnés de tentative de chantage et d'extorsion de fonds, tout en constatant que l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention desdits enregistrements, en ce que les enquêteurs, informés par cette partie privée des lieux et heures des rendez-vous litigieux, avaient mené une surveillance constante pendant toute leur durée, s'étaient, à leur issue, vu remettre les enregistrements par la partie qui y avait procédé, les avaient retranscrits sur procès-verbal et étaient restés, pendant ces conversations, en contact régulier avec cette partie, d'une part, et l'autorité judiciaire, d'autre part, avant de procéder à l'interpellation des mis en cause dès la fin du dernier rendez-vous (Crim., 20 septembre 2016, pourvoi n° 16-80.820, *Bull. crim.* 2016, n° 244).

Par l'arrêt attaqué, la chambre de l'instruction de renvoi a, néanmoins, rejeté à nouveau les requêtes en annulation de pièces de la procédure. Elle a retenu, pour l'essentiel, qu'il est légitime qu'une victime, ayant déposé plainte pour chantage et extorsion de fonds, informe les enquêteurs de l'avancement des démarches de ceux auxquels elle prête des agissements répréhensibles et des pourparlers en cours lors de ses rencontres avec ceux-ci, que les services de police et les magistrats, saisis d'une plainte pour chantage et extorsion de fonds, se doivent d'intervenir pour organiser des surveillances de nature à confirmer ou infirmer les dires du plaignant et, si nécessaire, interpellier les auteurs, que les remises aux enquêteurs à bref délai des enregistrements réalisés par le représentant du plaignant et leur transcription par les enquêteurs sont dépourvus de toute portée quant au rôle actif susceptible d'être prêté à ces derniers et que le seul reproche d'un « laisser faire » des policiers, dont le rôle n'avait été que passif, ne peut suffire à caractériser un acte constitutif d'une véritable implication.

L'assemblée plénière, au terme du contrôle opéré sur la qualification apportée aux faits par les juges du fond, a considéré que la chambre de l'instruction avait pu déduire de ses constatations l'absence de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements litigieux, ce dont il résultait que le principe de la loyauté de la preuve n'avait pas été méconnu. Les juges du fond disposent ainsi d'une marge d'appréciation au regard des circonstances de l'espèce, le contrôle de la Cour de cassation s'apparentant, dans une certaine mesure, à celui de « l'erreur manifeste d'appréciation ».

# Rapport de Mme Slove

## Conseiller rapporteur

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, pourvoi n° 16-80.820, *Bull. crim.* 2016, n° 244), 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, M<sup>e</sup> Z..., 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, M<sup>e</sup> A..., 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 coécrit 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.

Était jointe à cette plainte la retranscription d'un enregistrement que M<sup>e</sup> A... 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 », M<sup>e</sup> A... 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.

M<sup>e</sup> A... 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 vidéosurveillance 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, M<sup>e</sup> A... 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.

M<sup>e</sup> A... 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, M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A..., 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.

M<sup>e</sup> A..., 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 M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A... 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 2016<sup>1</sup>, 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 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 et Molinié a déposé un mémoire ampliatif le 20 avril 2017, dans les délais fixés, après prorogation.

La SCP Spinosi et 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.

<sup>1</sup> Crim., 20 septembre 2016, pourvoi n° 16-80.820, *Bull. crim.* 2016, n° 244.

## 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 la 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, à 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 au 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 la 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 pénale<sup>2</sup> 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 [...] »<sup>3</sup>.

« 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 œuvre toutes sortes de procédés permettant de suivre, écouter ou observer les personnes à leur insu »<sup>4</sup>.

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 »<sup>5</sup>.

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 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 États 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 »<sup>6</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *Schenk c/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 c/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 ».

<sup>2</sup> Article préliminaire : « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties [...] ».

<sup>3</sup> Christine Lazerges, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du code de procédure pénale », *Mélanges Ottenhof*, 11 septembre 2005.

<sup>4</sup> F. Desportes, « La loyauté dans l'enquête », *Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* 2014, p. 25.

<sup>5</sup> Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », *Mélanges Huguency*, Sirey, 1964.

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



L'affaire Allan c/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 indicateur de police placé dans la même cellule que celle de M. Allan violent les règles du procès équitable<sup>7</sup>.

## 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 Wilson<sup>8</sup> et Imbert<sup>9</sup>.

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 genre en question et avait ainsi obtenu de lui des déclarations compromettantes. Cette manœuvre 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'éluider 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/Maréchal<sup>10</sup>, 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 ».

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 civile<sup>11</sup> 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 obtenus 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<sup>12</sup>. Toutefois, des exceptions admettent cependant que la nécessité des droits de la défense puisse justifier l'admissibilité de telles preuves<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup> ».

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 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.

<sup>7</sup> CEDH, 5 novembre 2002, Allan c/Royaume-Uni, requête n° 48539/99, §§ 46 et 52.

<sup>8</sup> Chambre réunies, 31 janvier 1888, S. 1989. 1. 241

<sup>9</sup> Crim., 12 juin 1952, S. 1954. 1.

<sup>10</sup> Crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366, *Bull. crim.* 1996, n° 93.

<sup>11</sup> Article 9 du code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

<sup>12</sup> Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, *Bull.* 1991, V, n° 519 ; Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, *Bull.* 2002, V, n° 352 ; 2<sup>e</sup> Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, *Bull.* 2004, II, n° 447 ; 1<sup>re</sup> 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 ; 1<sup>re</sup> Civ., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-25.210, publié au *Bulletin*.

<sup>13</sup> Soc., 30 juin 2004, pourvois n° 02-41.720 et n° 02-41.771, *Bull.* 2004, V, n° 187 ; 1<sup>re</sup> 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.

<sup>14</sup> Assemblée plénière, 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.667 et n° 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1.

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 constitutionnel<sup>15</sup>. 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...<sup>16</sup> ».

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 pénale<sup>17</sup>. 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.

### **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<sup>18</sup> ».

Cette jurisprudence est née à l'occasion d'affaires qui mettaient en scène des stratagèmes élaborés par des victimes pour établir la preuve des infractions qui leur causaient un dommage, par exemple la dissimulation d'une caméra de surveillance dans une bouche d'aération afin d'établir la preuve de vols<sup>19</sup>.

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<sup>20</sup> ».

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 œuvre 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 provocation à l'infraction, puisque l'association qui organise le testing incite les portiers à commettre l'infraction<sup>21</sup>.

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 imputées<sup>22</sup> ;

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

<sup>15</sup> Cons. const., 18 novembre 2011, décision n° 2011-191/194/195/1960 QPC, §§ 14 et 29.

<sup>16</sup> M. Ract-Madoux, *Procédure*, Dossier, p. 34, décembre 2015.

<sup>17</sup> Article 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 ».

<sup>18</sup> Par exemple : Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395, *Bull. crim.* 2010, n° 16.

<sup>19</sup> Crim., 23 juillet 1992, pourvoi n° 92-82.721, *Bull. crim.* 1992, n° 274.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, n° 131.

<sup>22</sup> Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim.* 2007, n° 27.

<sup>23</sup> Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27.

- 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 République<sup>24</sup>.

### 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 :

- 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 ressortissants<sup>25</sup> ;

- le délit de vol provoqué par une mise en scène policière, deux individus étant interpellés en flagrance de vol dans un véhicule alors que l'un d'eux 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 véhicule<sup>26</sup>.

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*<sup>27</sup>.

#### 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.

À 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 consignés<sup>28</sup> ;

- 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'instruction<sup>29</sup>.

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 œuvre 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 accordés<sup>30</sup>.

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)<sup>31</sup> ;

- 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 personnellement<sup>32</sup> ;

- est irrégulière la commission rogatoire par laquelle le magistrat instructeur prescrit à l'officier de police judiciaire de procéder, à l'occasion d'une perquisition, à la captation, la transmission et l'enregistrement de conversations dans un domicile privé<sup>33</sup>.

<sup>24</sup> Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83.219, *Bull. crim.* 2006, n° 202.

<sup>27</sup> Articles 706-25-2, 706-32, 706-35-1, 706-47-3 et 706-81 du code de procédure pénale.

<sup>28</sup> Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 07-80.807, *Bull. crim.* 2007, n° 102.

<sup>29</sup> Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 12-87.087, *Bull. crim.* 2013, n° 56.

<sup>30</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> édition, n° 577.

<sup>31</sup> Crim., 7 janvier 2014, pourvoi n° 13-85.246, *Bull. crim.* 2014, n° 1.

<sup>32</sup> Crim., 18 décembre 1989, pourvoi n° 89-81.659, *Bull. crim.* 1989, n° 485.

<sup>33</sup> Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-86.623, *Bull. crim.* 2000, n° 68.

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 :

- la mise en place par des policiers, renseignés par l'un des auteurs d'un trafic de stupéfiants, d'un dispositif de surveillance qui leur a permis d'assister, dans un hôtel, à la réception, par celui-ci, d'un sac contenant des fonds provenant de ce trafic<sup>34</sup> ;
- une opération d'infiltration permettant la saisie de produits stupéfiants, le trafic de stupéfiants ayant été révélé par des écoutes téléphoniques opérées antérieurement à l'infiltration<sup>35</sup> ;
- 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 disparue<sup>36</sup> ;
- 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 chute<sup>37</sup> ;
- la création, par un service de police new-yorkais (agent public étranger), d'un site permettant aux internautes d'échanger sur des pratiques de fraude à la carte bancaire, dès lors que ce site, dont la consultation n'était pas prohibée, était destiné à rassembler les preuves de la commission d'infractions et à en identifier les auteurs, mais n'avait pas pour objet d'inciter les personnes qui y accédaient à passer à l'acte<sup>38</sup>.

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, fût-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 défense<sup>39</sup> ;
- *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 vue<sup>40</sup> ;
- *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 que « 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 vicia la recherche par un agent de l'autorité publique »<sup>41</sup> ;
- *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 vicia la recherche par un agent de l'autorité publique<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.012, *Bull. crim.* 2005, n° 173.

<sup>35</sup> Crim., 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-86.176.

<sup>36</sup> Crim., 17 janvier 2012, pourvoi n° 11-86.471.

<sup>37</sup> Crim., 29 octobre 2013, pourvoi n° 13-84.226, diffusé.

<sup>38</sup> Crim., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-88.162, *Bull. crim.* 2014, n° 119.

<sup>39</sup> Crim., 16 décembre 1997, pourvoi n° 96-85.589, *Bull. crim.* 1997, n° 427.

<sup>40</sup> Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 07-80.807, *Bull. crim.* 2007, n° 102.

<sup>41</sup> Assemblée plénière, 6 mars 2015, pourvoi n° 14-84.339, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 2.

<sup>42</sup> Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-80.313, publié au *Bulletin*.

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 alors qu'une perquisition se déroulait au domicile de ce dernier<sup>43</sup> ;

- 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 X... à commettre une infraction<sup>44</sup> » ;

- 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<sup>45</sup> ;

- 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 compromettrait 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<sup>46</sup> ;

- 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 « pailletes » ayant donné lieu à 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<sup>47</sup> ;

- 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<sup>48</sup> ;

- 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<sup>49</sup>.

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.

## 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

<sup>43</sup> Crim., 4 septembre 1991, pourvoi n° 90-86.786, *Bull. crim.* 1991, n° 312.

<sup>44</sup> Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, *Bull. crim.* 1992, n° 169.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Crim., 1<sup>er</sup> mars 2006, pourvoi n° 05-87.251, *Bull. crim.* 2006, n° 59 ; 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.

<sup>47</sup> Crim., 13 octobre 2004, pourvois n° 03-81.763, n° 01-83.943, n° 01-83.944, n° 01-83.945, n° 00-86.726 et n° 00-86.727, *Bull. crim.* 2004, n° 243.

<sup>48</sup> Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-87.914, *Bull. crim.* 2015, n° 87.

<sup>49</sup> Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351, *Bull. crim.* 2015, n° 54.

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 A..., 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 A... 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 A... 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 A..., qui, dans chacune des auditions intervenues après chaque rendez-vous, a déclaré avoir lui-même pris l'initiative d'enregistrer les conversations 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 A..., 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 Z..., 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 B... indiquant que les enregistrements ont été « obtenus à l'initiative et sous le contrôle des services de police » ; à l'audience, maître Z... a contesté avoir tenu de tels propos et a soutenu avoir adressé une lettre de protestation au journaliste du *Figaro* ; quant à maître B..., il a précisé que les termes de sa réponse tendaient 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 A... 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 A... 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, interpellé 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 A... 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 manœuvres de maître A... 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 A... 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 avril 1987, pourvoi n° 86-96.621, *Bull. crim.* 1987, n° 173).

4° Les contacts téléphoniques intervenus entre maître A... 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 inscrit dans la lignée de ceux exposés ci-dessus dénonçant les contacts réguliers entre maître A... 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 A..., 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 A... 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 A... 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 A... et les services enquêteurs tendant à faire prendre en charge par le premier les enregistrements litigieux.

**À 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.**

À cet égard, on soulignera que si les policiers pouvaient raisonnablement se douter de l'enregistrement de la troisième rencontre par maître A... compte tenu de la connaissance qu'ils avaient de son enregistrement clandestin du deuxième rendez-vous, rien ne permet d'affirmer qu'ils avaient connaissance de cette intention dès la deuxième rencontre, puisque leur intervention aurait pu conduire maître A... 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 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, *Bull. crim.* 1992, n° 169).

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 A... 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 vidéosurveillance, 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 œuvre 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 M<sup>e</sup> A..., et que s'ils se doutaient dès lors que celui du 27 août le serait à nouveau, ils n'avaient aucun moyen d'empêcher M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A... 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 déloyale<sup>50</sup> ».

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

À l'avenir, un contrôle équivalent sera-t-il mis en œuvre 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 service 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 définis 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 droit fondamentaux. C'est sans doute là le principal apport de la décision commentée [...]»<sup>51</sup>.

**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 européenne des droits de l'homme 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 novembre 2011, décision 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 juillet 1988, requête 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 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).

<sup>50</sup> J.-Y. Maréchal, « La participation de l'autorité publique à la production, par un particulier, d'enregistrements sonores clandestins donnée à la preuve obtenue un caractère déloyal », Dossier d'actualité, 18 octobre 2016.

<sup>51</sup> E. Dreyer, « Dans le doute, il faut présumer l'atteinte au procès équitable », *Legipresse*, n° 343, novembre 2016, p. 613.

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 aurait 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'œuvre de justice (v. trois questions à O. Leurent, "Avocats et magistrats doivent renouer avec le dialogue", *JCP* 2016, édition G, 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)<sup>52</sup> ».

**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 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 [...]»<sup>53</sup> ».

**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 œuvre 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 œuvré au succès de ces rendez-vous destinés à confondre les journalistes.

Cette participation indirecte évoque une collaboration entre la partie privée et la police, où la seconde ne dirige pas la première mais lui prête main forte, d'une façon qui atteste un projet d'ensemble. 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 [...]»<sup>54</sup> ».

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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> C. Ambroise-Castérot, « Vers une inflexion de jurisprudence en matière de preuves déloyalement obtenues ? », *AJ Pénal* 2016, p. 600.

<sup>54</sup> 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.

Les troisième et quatrième branches soutiennent 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 (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 et des libertés fondamentales 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 États 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 publiques<sup>55</sup>.

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<sup>56</sup> ».

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 »<sup>57</sup>.

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.

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.

<sup>55</sup> CEDH, 26 avril 1979, A, n° 30, *Sunday Times c/Royaume-Uni*.

<sup>56</sup> CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/Royaume-Uni*, requête n° 17488/90, § 39.

<sup>57</sup> CEDH, 15 décembre 2009, *Financial Times Ltd et autres c/Royaume-Uni*, requête n° 821/03, § 56.

Le droit au secret implique des précautions lors des perquisitions opérées dans les milieux journalistiques (article 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 : « 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 ». 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 »<sup>58</sup> ;

- « 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<sup>59</sup> » ;

- « 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 œuvre, 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<sup>60</sup> ».

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, alinéa 4, du code de procédure pénale dispose que "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", 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 étant 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.

### **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.

<sup>58</sup> Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 11-83.970, *Bull. crim.* 2011, n° 248.

<sup>59</sup> Crim., 14 mai 2013, pourvoi n° 11-86.626, *Bull. crim.* 2013, n° 106.

<sup>60</sup> Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761, *Bull. crim.* 2014, n° 54.

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 quelques 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 pénale<sup>61</sup> 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 609-1<sup>62</sup> 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<sup>63</sup> » ;

- « 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<sup>64</sup> » ;

- « 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<sup>65</sup> ».

En l'espèce, il apparaît que les moyens de nullité tirés 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 communication<sup>66</sup>. 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.

<sup>61</sup> Article 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. À défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître ».

<sup>62</sup> Article 609-1 du code de procédure pénale : « Lorsque la Cour de cassation annule un arrêt de la 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, 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 ».

<sup>63</sup> Crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-87.839, *Bull. crim.* 2000, n° 201.

<sup>64</sup> Crim., 19 mars 2002, pourvoi n° 01-88.240, *Bull. crim.* 2002, n° 63.

<sup>65</sup> Crim., 11 juin 2002, pourvois n° 01-80.267 et n° 02-82.093, *Bull. crim.* 2002, n° 130.

<sup>66</sup> Crim., 1<sup>er</sup> février 2011, pourvoi n° 10-87.875, *Bull. crim.* 2011, n° 14.

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 défense<sup>67</sup>.

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 encourrent les griefs du moyen.

- **sur le quatrième moyen** : aux termes de l'article 80-1 du code de procédure pénale, « À 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 indices<sup>68</sup>.

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'instruction<sup>69</sup>.

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<sup>70</sup> ».

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 éléments<sup>71</sup>.

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 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

<sup>67</sup> Crim., 30 octobre 2001, pourvoi n° 01-84.779, *Bull. crim.* 2001, n° 223 ; Crim., 18 février 2015, pourvoi n° 14-82.019, *Bull. crim.* 2015, n° 30 ; Crim., 19 janvier 2016, pourvoi n° 15-81.038.

<sup>68</sup> Crim., 14 septembre 2004, pourvoi n° 04-83.793.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Crim., 28 juin 2016, pourvoi n° 15-86.946, *Bull. crim.* 2016, n° 199.

<sup>71</sup> Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-85.334, *Bull. crim.* 2015, n° 79.

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.

**Nombre de projet(s) préparé(s) : 2.**

# *Avis de M. Wallon*

## *Avocat général*

### **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 commun contenant sur lui des révélations compromettantes.

À cette plainte était joint l'enregistrement, transféré sur une clef USB, effectué sur son téléphone portable par M<sup>e</sup> A..., 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 M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A..., 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 avisé par M<sup>e</sup> A..., 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.

M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A..., alors que les conditions légales permettant la mise en œuvre 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 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 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, à 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 M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A... 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 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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'investigation 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 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 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 œuvre 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>.

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.

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

<sup>2</sup> Crim., 19 janvier 1999, pourvoi n° 98-83.787, *Bull. crim.* 1999, n° 9, arrêt rendu à la suite d'un renvoi de cassation par Crim., 16 décembre 1997, pourvoi n° 96-85.589, *Bull. crim.* 1997, n° 427 ; 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim.* 2007, n° 27 ; 25 novembre 2014, pourvoi n° 13- 84.414.

<sup>3</sup> Crim., 15 juin 1993, pourvoi n° 92-82.509, *Bull. crim.* 1993, n° 210.

<sup>4</sup> Crim., 28 avril 1987, pourvoi n° 86-96.621, *Bull. crim.* 1987, n° 173 ; 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27 ; 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64.

<sup>5</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., n° 566 et s.

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.

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, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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 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>. À 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>6</sup> *Juris-Classeur procédure pénale*, articles 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> Conseil supérieur de la magistrature, 31 janvier 1888.

<sup>9</sup> CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c/France, requête n° 11801/85.

<sup>10</sup> V. notamment Crim., 9 octobre 1980, pourvoi n° 80-93.140, *Bull. crim.* 1980, n° 255.

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

<sup>12</sup> Crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366, *Bull. crim.* 1996, n° 93 ; 5 mai 1999, pourvoi n° 97-83.117, *Bull. crim.* 1999, n° 87.

<sup>13</sup> Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim.* 2007, n° 37 ; 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045, *Bull. crim.* 2008, n° 141.

<sup>14</sup> P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », *Mélanges L. Hugueney*, Sirey, 1964, p. 172.

<sup>15</sup> S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 2012, 8<sup>e</sup> éd., n° 587.

<sup>16</sup> Crim., 12 juin 1952, *Bull. crim.* 1952, n° 153.

<sup>17</sup> Assemblée plénière, 6 mars 2015, pourvoi n° 14-84.339, *Bull. crim.* 2015, 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> Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, *Bull. crim.* 1992, n° 169.

<sup>20</sup> Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-87.633, *Bull. crim.* 2008, n° 14.

<sup>21</sup> Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 07-80.807, *Bull. crim.* 2007, n° 102.

<sup>22</sup> Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-80.313, publié au *Bulletin criminel*.

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 censuré : 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 professeur 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 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 cosaisis, dans la réalisation par M<sup>e</sup> A..., 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 M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A..., qui, dans chacune des auditions intervenues après chaque rendez-vous, a déclaré avoir lui-même pris l'initiative d'enregistrer les conversations 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 M<sup>e</sup> A..., 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 M<sup>e</sup> A... 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 œuvre 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>.

<sup>23</sup> Crim., 19 juin 1989, pourvoi n° 89-81.777, *Bull. crim.* 1989, n° 261 ; 11 mai 2006, pourvoi n° 05-848.37, *Bull. crim.* 2006, n° 132 ; 28 octobre 1991, pourvoi n° 90-83.692, *Bull. crim.* 1991, n° 381 ; 18 décembre 1989, pourvoi n° 89-81.659, *Bull. crim.* 1989, n° 485 ; 3 mai 2007, pourvoi n° 07-81.331, *Bull. crim.* 2007, 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> Crim., 27 novembre 2013, pourvoi n° 13-85.042, *Bull. crim.* 2013, n° 238.

<sup>26</sup> Crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-88.515, *Bull. crim.* 2015, n° 83.

<sup>27</sup> H. Angevin, *Pratique de la chambre de l'instruction*, 3<sup>e</sup> éd., n° 112 et arrêts cités.

<sup>28</sup> Crim., 22 avril 1992, précité.

<sup>29</sup> Crim., 19 janvier 1999, précité.

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 retenues la juridiction 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 débattus.

Mais quand bien même on serait tenté d'écarter cette notion d'appréciation souveraine des circonstances de fait 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 retenue 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 l'exigence générale d'équité du procès, garanti par la Convention 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 [...] ».

<sup>30</sup> Crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-87.839, *Bull. crim.* 2000, n° 201.

<sup>31</sup> Assemblée plénière, 24 octobre 2003, pourvoi n° 97-85.763, *Bull. crim.* 2003, Ass. plén., n° 3.

<sup>32</sup> J. et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, 3<sup>e</sup> éd., n° 105-11 et 105-12.

<sup>33</sup> CA Paris, chambre d'accusation, 31 octobre 1996, cf. Crim., 16 décembre 1997, pourvoi n° 96-85.589, *Bull. crim.* 1997, n° 427.

<sup>34</sup> Assemblée plénière, 6 mars 2015, précité. Ph. Conte, article précité, n° 13.

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

<sup>36</sup> CEDH, 8 février 1996, John Murray c/Royaume-Uni, requête n° 18731/91 ; 17 décembre 1996, Saunders c/Royaume-Uni, requête n° 19187/91.

<sup>37</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., n° 589 et s.

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

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 transférées 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.

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 M<sup>e</sup> A..., 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 M<sup>e</sup> A... [...] » (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 2015.

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) qu'« en outre, la chambre de l'instruction a écarté l'instigation par des motifs inopérants. Elle a en effet énoncé que M<sup>e</sup> A... 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, garantie par l'article 10 de la Convention 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>.

<sup>39</sup> CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/Royaume-Uni, requête n° 17488/90.

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

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

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 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 œuvre des pouvoirs d'investigation 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 M<sup>e</sup> A... 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 M<sup>e</sup> A... souhaitait 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 M<sup>e</sup> A... 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 œuvre 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 M<sup>e</sup> A... sollicite en permanence l'obtention de documents permettant *in fine* l'identification des sources des deux journalistes » et encore qu'« 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 2016, p. 15).

Mais, d'une part, évoquant seulement des demandes de présentation de 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

<sup>42</sup> Crim., 12 septembre 2000, pourvoi n° 99-84.648, *Bull. crim.* 2000, n° 265.

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 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 ».

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 de l'insuffisante démonstration d'un impératif prépondérant d'intérêt public susceptible de justifier les ingérences litigieuses, question étrangère au cas d'espèce. À 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 restés 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 D138 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>.

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>.

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

<sup>43</sup> Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761, *Bull. crim.* 2014, n° 54.

<sup>44</sup> Crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-87.839, *Bull. crim.* 2000, n° 201 ; 11 juin 2002, pourvoi n° 01-80.267, *Bull. crim.* 2002, n° 130.

<sup>45</sup> Crim., 19 janvier 1971, pourvoi n° 90.567/70, *Bull. crim.* 1971, n° 17 ; cf. J. et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, 3<sup>e</sup> éd., n° 113-42.

<sup>46</sup> Crim., 3 août 1935, *D.P.* 37.1.94 ; 28 juillet 1958, pourvoi n° 92172/58, *Bull. crim.* 1958, n° 589.

<sup>47</sup> Crim., 18 février 2015, pourvoi n° 14-82.019, *Bull. crim.* 2015, n° 30 ; 9 avril 2015, pourvoi n° 14-87.660, *Bull. crim.* 2015, n° 76.



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 (cotes 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 M<sup>e</sup> A..., 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.

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 n° 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

<sup>48</sup> Crim., 16 janvier 2016, pourvoi n° 16-81.038.

<sup>49</sup> *Juris-Classeur procédure pénale*, articles 79-84, fasc. 20, n° 80- 83 ; Crim., 14 mai 2002, pourvoi n° 02-80.721, *Bull. crim.* 2002, n° 111 ; 14 septembre 2004, pourvoi n° 04-83.793 ; 29 mars 2006, pourvoi n° 06-80.273, *Bull. crim.* 2006, n° 99 ; 25 avril 2006, pourvoi n° 05-86.875 ; 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-82.051, *Bull. crim.* 2011, n° 176 ; 11 juin 2013, pourvoi n° 13-80.159, *Bull. crim.* 2013, n° 133 ; 10 décembre 2013 (deux arrêts), pourvois n° 13-84.286 et 13-84.915 ; 14 avril 2015 (trois arrêts), pourvois n° 14-85.333, 14-85.334 et 14-85.535, *Bull. crim.* 2015, n° 78, 79 et 84 ; 28 juin 2016, pourvoi n° 15-86.946, *Bull. crim.* 2016, n° 199.

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.

#### **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.

## II. - TITRES ET SOMMAIRES D'AVIS

### AVIS DES CHAMBRES

N° **401**

#### **1<sup>o</sup> Cassation**

Saisine pour avis. - Demande. - Recevabilité. - Conditions. - Information préalable des parties et du ministère public. - Office du juge. - Portée.

#### **2<sup>o</sup> Cassation**

Saisine pour avis. - Demande. - Domaine d'application. - Exclusion. - Cas. - Question formulée de manière très générale n'énonçant aucune question de droit précise.

1<sup>o</sup> Il résulte de l'article 1031-1 du code de procédure civile que, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité, et recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Il ne résulte ni du jugement ni du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation des parties et du ministère public ait été respectée.

Cette formalité n'ayant pas été accomplie et la notification ultérieure de la décision ne pouvant y suppléer, la demande d'avis est irrecevable.

2<sup>o</sup> Il résulte de l'article 1031-1 du code de procédure civile que les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet.

Lorsque la demande d'avis est formulée de manière très générale et n'énonce aucune question de droit précise de nature à commander l'issue du litige, la demande est irrecevable.

**Soc. - 26 octobre 2017.**

**IRRECEVABILITÉ**

N° 17-70.010. - CPH Dijon, 30 mai 2017.

M. Frouin, Pt. - Mme Barbé, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, Av.

### III. - TITRES ET SOMMAIRES D'AVIS

#### ARRÊTS DES CHAMBRES

N<sup>o</sup> 402

#### *1<sup>o</sup> Accident de la circulation*

Indemnisation. - Tiers payeur. - Recours. - Ensemble routier. - Recours contre l'assureur de l'autre partie de l'ensemble routier. - Régime. - Détermination.

#### *2<sup>o</sup> Accident de la circulation*

Indemnisation. - Tiers payeur. - Recours. - Ensemble routier. - Recours contre l'assureur de l'autre partie de l'ensemble routier. - Recours de l'assureur du véhicule tracteur contre l'assureur de la remorque. - Faute du conducteur. - Opposabilité.

1<sup>o</sup> En cas d'accident de la circulation impliquant un ensemble routier, le recours que l'article R. 211-4-1 du code des assurances ouvre à celui des assureurs qui a pris en charge l'indemnisation des personnes lésées pour le compte de qui il appartiendra contre l'assureur de l'autre partie de l'ensemble routier n'est pas soumis à un régime propre de responsabilité de plein droit et pour moitié mais renvoie au droit commun de la responsabilité.

2<sup>o</sup> L'assureur de la remorque d'un ensemble routier impliqué dans un accident de la circulation peut opposer à l'assureur du véhicule tracteur, qui a indemnisé les personnes lésées pour le compte de qui il appartiendra, la faute du conducteur de cet ensemble.

**2<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 16-21.664. - CA Paris, 22 mars 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Besson, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Delvolvé et Trichet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la RGDA 2018, p. 31, note James Landel.*

N<sup>o</sup> 403

#### *Alsace-Moselle*

Procédure civile. - Matière gracieuse. - Partage judiciaire. - Opérations de partage. - Représentation du copartageant. - Mandataire. - Mandat. - Justification. - Nécessité. - Portée.

Il résulte de l'article 22 de l'annexe du code de procédure civile relative à son application dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle que lorsqu'un copartageant entend être représenté lors des opérations de partage judiciaire par un mandataire, celui-ci doit justifier de son mandat par une

procuration déposée au rang des minutes du notaire, ce texte ne distinguant pas selon que le copartageant demeure ou non à l'étranger.

C'est donc à bon droit qu'une cour d'appel, ayant relevé que l'avocat d'une copartageante n'avait justifié d'aucun pouvoir et que l'intéressée affirmait qu'il n'avait pas mandat pour donner son accord au projet de partage, en a déduit qu'elle n'était pas valablement représentée.

**2<sup>e</sup> Civ. - 16 novembre 2017.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 16-17.573. - CA Colmar, 21 mars 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Martinel, Rap. - Mme Vassallo, Av. Gén. - SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP Didier et Pinet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1276.*

N<sup>o</sup> 404

#### *Appel civil*

Procédure avec représentation obligatoire. - Conclusions. - Transmission par voie électronique. - Défaut. - Sanction. - Irrecevabilité. - Exception. - Cause étrangère. - Applications diverses.

Il résulte de l'article 930-1 du code de procédure civile, ensemble les articles 748-1 du même code et 5 de l'arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, que si, dans la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique, l'irrecevabilité sanctionnant cette obligation est écartée lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, l'acte étant en ce cas remis au greffe sur support papier.

Doit en conséquence être censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour prononcer la caducité de la déclaration d'appel faite pour les conclusions d'avoir été remises par la voie électronique, écarte l'existence d'une cause étrangère au sens de l'article 930-1 au motif que l'obstacle rencontré, tenant à la taille des conclusions, supérieure à la limite imposée par le système, pouvait être surmonté en scindant l'envoi en plusieurs messages successifs ayant le même objet, modalité compatible avec le respect des dispositions de l'article 954 du code de procédure civile, alors qu'aucune disposition n'impose aux parties de limiter la taille de leurs envois à la juridiction ou de transmettre un acte de procédure en plusieurs envois scindés.

**2<sup>e</sup> Civ. - 16 novembre 2017.**

*CASSATION ET REJET*

N° 16-24.864. - CA Aix-en-Provence, 31 mars et 29 septembre 2016.

Mme Flise, Pt. - M. de Leiris, Rap. - M. Girard, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Bouilloche, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2017, n° 41, p. 16, note Pierre-Louis Boyer. Voir également le JCP 2017, éd. G, Act., 1248, note Hervé Croze, la RLDC 2017, n° 6380, p. 5, note Aude Dorange, et le D. 2018, p. 52, note Corinne Bléry.*

N° 405

## Appel civil

Procédure avec représentation obligatoire. - Déclaration d'appel. - Déclarations d'appel successives. - Second appel. - Régularisation de la première déclaration d'appel. - Portée.

Une seconde déclaration d'appel, formée dans le délai d'appel, ayant eu pour effet de régulariser la première déclaration qui était affectée d'une erreur matérielle, le délai de dépôt des conclusions, fixé par l'article 908 du code de procédure civile, a commencé à courir à compter de la première déclaration d'appel qui avait valablement saisi la cour d'appel.

**2<sup>e</sup> Civ. - 16 novembre 2017.**

REJET

N° 16-23.796. - CA Limoges, 12 mai et 12 juillet 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Brouard-Gallet, Rap. - Mme Vassallo, Av. Gén. - SCP Foussard et Froger, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1274, note Romain Guichard. Voir également la revue Procédures 2018, comm. 3, note Hervé Croze.*

N° 406

## Assurance de personnes

Assurance-vie. - Contrat non dénoué. - Contrat en unités de compte. - Éligibilité. - Conditions. - Titre constitutif d'une obligation. - Obligation. - Définition. - Portée.

Aux termes des articles L. 213-5 du code monétaire et financier et L. 228-38 du code de commerce, à la lumière desquels doivent être lus les articles R. 131-1 et R. 332-2 du code des assurances, les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale.

Dès lors que la qualification d'obligation n'est pas subordonnée à la garantie de remboursement du nominal du titre, viole ces textes, en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, une cour d'appel qui, pour retenir qu'un produit financier ne constitue pas une unité de compte éligible à l'assurance sur la vie, énonce qu'il est établi que le détenteur n'a pas droit au remboursement du nominal, de sorte que le produit litigieux ne peut être qualifié d'obligation.

**2<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

CASSATION PARTIELLE

N° 16-22.620. - CA Paris, 21 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Besson, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Rousseau et Tapie, SCP Thouin-Palat, SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Defrénois 2017, n° 30, p. 11. Voir également le Bull. Joly sociétés 2018, p. 37, note Alain Couret, et la RGDA 2018, p. 52, note Luc Mayaux.*

N° 407

## Assurance de personnes

Assurance-vie. - Souscripteur. - Faculté de renonciation. - Exercice. - Action en responsabilité civile de l'assureur fondée sur le même manquement que la renonciation. - Articulation. - Portée.

L'exercice de la faculté de renonciation, prévue par l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction issue de la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994, en cas de défaut de remise des documents et informations qu'il énumère, ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 1382, devenu l'article 1240, du code civil, fût-ce au titre du même manquement de l'assureur à son devoir d'information, l'appréciation des conséquences dommageables de ce manquement sur le terrain de la responsabilité civile devant alors tenir compte de la restitution des sommes versées et du paiement des intérêts au taux légal mis en ce cas à la charge de l'assureur.

**2<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

CASSATION

N° 16-21.671. - CA Versailles, 2 juin 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Odent et Poulet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la RGDA 2018, p. 50, note Luc Mayaux.*

N° 408

## Avocat

Honoraires. - Recouvrement. - Action en paiement. - Prescription. - Délai. - Point de départ. - Détermination. - Portée.

Le délai de prescription de l'action de l'avocat en paiement d'un honoraire de résultat ne peut commencer à courir avant que cet honoraire soit exigible, la convention d'honoraires conclue entre l'avocat et son client pouvant prévoir la date d'exigibilité.

**2<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

REJET

N° 16-25.120. - CA Montpellier, 11 octobre 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Isola, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Leduc et Vigand, Av.

N° 409

## Bail (règles générales)

Preneur. - Travaux, modifications ou transformations. - Accession en fin de bail. - Renouvellement du bail. - Plantations antérieures. - Recherches nécessaires. - Effet.

Ne donne pas de base légale à sa décision, au regard des articles 555 du code civil et L. 411-50 du code rural et de la pêche maritime, une cour d'appel qui retient que le bailleur laisse au locataire, pendant la durée du bail, la propriété des ouvrages et plantations qu'il a régulièrement élevés, l'article 555 précité n'ayant vocation à régler leur sort qu'à l'expiration du bail, sans rechercher si les plantations n'étaient pas intervenues avant le renouvellement des baux, de sorte qu'elles seraient devenues la propriété du bailleur lors de ce renouvellement.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

CASSATION

N° 16-16.815. - CA Angers, 8 mars 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Barbieri, Rap. - M. Sturlèse, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Defrénois 2017, n° 29, p. 5. Voir également le JCP 2017, éd. N, II, n° 1341, note Benoît Grimonprez.*

---

N° 410

## **Bail commercial**

Cession. - Rapports entre le cédant et le bailleur. - Confusion des droits locatifs et de propriété. - Effets. - Détermination.

L'extinction du contrat de bail consécutive à la cession du fonds de commerce au bailleur, par la réunion sur sa personne des droits locatifs et de propriété, n'entraîne pas l'extinction, par confusion, de la dette de loyers échus avant la cession du bail, qui n'est pas, sauf stipulation contraire, transmise au cessionnaire.

Dès lors que la cession du bail au bailleur a eu pour effet d'opérer son extinction, par la confusion des qualités de propriétaire et de preneur, l'obligation de remise en état des lieux loués, à laquelle était tenu le dernier titulaire du bail, n'est pas transmise au bailleur qui en demeure créancier.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**  
CASSATION

N° 16-23.498. - CA Bourges, 30 juin 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Corbel, Rap. - M. Sturlèse, Av. Gén. - SCP Zribi et Texier, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Defrénois 2017, n° 31-33, p. 5. Voir également le JCP 2018, éd. E, chron., 1041, spéc. n° 22, note Joël Monéger.*

---

N° 411

## **Bail d'habitation**

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Reprise. - Limitations édictées par l'article 15, III. - Preneur âgé de plus de 65 ans. - Offre de logement. - Loi du 24 mars 2014 modifiant l'article 15, III. - Application immédiate aux baux en cours.

La loi nouvelle régissant les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisés, l'article 15, III, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, est applicable à un congé délivré le 25 septembre 2014 même si le bail est antérieur à l'entrée en vigueur de cette loi.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**  
REJET

N° 16-20.475. - CA Aix-en-Provence, 12 mai 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Parneix, Rap. - M. Sturlèse, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. N, Act., 993. Voir également le Defrénois 2017, n° 30, p. 10.*

---

N° 412

## **Banque**

Secret professionnel. - Empêchement légitime. - Cessation. - Effets. - Action en responsabilité. - Qualité de partie au procès de l'établissement de crédit.

Le secret bancaire institué par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier ne constitue pas un empêchement légitime

au sens de l'article 145 du code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée.

**Com. - 29 novembre 2017.**  
REJET

N° 16-22.060. - CA Paris, 9 juin 2016.

Mme Mouillard, Pt. - M. Guérin, Rap. - Mme Guinamant, Av. Gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Richard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. G, II, 54, note Thierry Bonneau. Voir également le JCP 2018, éd. E, II, 1038, note Jérôme Lasserre Capdeville.*

---

N° 413

## **Chambre de l'instruction**

Appel des ordonnances du juge d'instruction. - Appel du ministère public. - Désistement. - Faculté (non).

Le ministère public, en l'absence de disposition légale l'y autorisant, ne peut se désister de l'appel qu'il a formé contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction.

N'encourt pas la censure l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, saisie d'un appel du procureur de la République contre une ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire et de placement sous contrôle judiciaire, ordonne la prolongation de la détention provisoire, sans avoir égard aux observations faites à l'audience au nom du procureur général énonçant ne pas maintenir l'appel.

**Crim. - 21 novembre 2017.**  
REJET

N° 17-85.319. - CA Versailles, 8 août 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Fossier, Rap. - M. Cordier, P. Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2018, comm. 17, note Albert Maron et Marion Haas.*

---

N° 414

## **Conflit collectif du travail**

Grève. - Grève dans les entreprises de transport aérien de passagers. - Droit de grève. - Exercice. - Déclaration individuelle d'intention de grève. - Effets. - Information des usagers. - Étendue. - Détermination. - Portée.

Il résulte, d'une part, des dispositions de l'article L. 1114-3 du code des transports issues de la loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 qu'en cas de grève et pendant toute la durée du mouvement, les salariés dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols informent, au plus tard quarante-huit heures avant de participer à la grève, le chef d'entreprise ou la personne désignée par lui de leur intention d'y participer et que les informations issues des déclarations individuelles des salariés ne peuvent être utilisées que pour l'organisation de l'activité durant la grève en vue d'en informer les passagers.

D'autre part, l'article L. 1114-7 du code des transports énonce qu'en cas de perturbation du trafic aérien liée à une grève dans une entreprise ou un établissement chargé d'une activité de transport aérien de passagers, tout passager a le droit de disposer d'une information gratuite, précise et fiable sur l'activité assurée, cette information devant être délivrée aux passagers par l'entreprise de transport aérien au plus tard vingt-quatre heures avant le début de la perturbation.

N° 417

Doit être approuvé l'arrêt qui a retenu que ces dispositions, dont la finalité est l'information des usagers vingt-quatre heures à l'avance sur l'état du trafic afin d'éviter tout déplacement et encombrement des aéroports et préserver l'ordre public, n'autoriseraient pas l'employeur, en l'absence de service minimum imposé, à utiliser les informations issues des déclarations individuelles des salariés afin de recomposer les équipages et réaménager le trafic avant le début du mouvement.

**Soc. - 12 octobre 2017.**

*REJET*

N° 16-12.550. - CA Paris, 15 décembre 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - Mme Trassoudaine-Verger, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, SCP Capron, Av.

N° 415

## *Construction immobilière*

Immeuble à construire. - Vente en l'état futur d'achèvement. - Achèvement de l'immeuble. - Constatation. - Défaut d'accord des parties sur l'achèvement. - Clause prévoyant le recours à l'avis d'une personne qualifiée. - Portée.

En matière de vente en l'état futur d'achèvement, la clause prévoyant le recours à l'avis d'une personne qualifiée, à défaut d'accord des parties sur l'achèvement, ne fait pas obstacle à ce que le juge vérifie la conformité de cet avis aux critères d'achèvement définis par l'article R. 261-1 du code de la construction et de l'habitation.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 16-19.073. - CA Aix-en-Provence, 21 janvier 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Bureau, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - SCP Bouloche, SCP Boullez, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, Av.

N° 416

## *Contrat de travail, durée déterminée*

Qualification donnée au contrat. - Demande de requalification. - Requalification par le juge. - Effets. - Indemnité de requalification. - Paiement. - Prescription. - Durée légale. - Aménagement conventionnel. - Possibilité.

L'action en requalification de contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée et l'action en paiement d'une indemnité de requalification qui en découle n'étant pas des actions en paiement de salaires, le contrat de travail à durée déterminée peut prévoir, par application de l'article 2254 du code civil, une durée de prescription qui peut être abrégée ou allongée par accord des parties.

**Soc. - 22 novembre 2017.**

*CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI*

N° 16-16.561. - CA Limoges, 1<sup>er</sup> mars 2016.

M. Frouin, Pt. - M. Belfanti, Rap. - M. Liffra, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Rev. dr. tr., décembre 2017, Chron., p. 812, note Frédéric Guiomard. Voir également la revue Procédures 2018, comm. 13, note Alexis Bugada.*

## *Contrat de travail, exécution*

Règlement intérieur. - Contenu. - Restriction aux libertés individuelles. - Restriction à la liberté religieuse. - Validité. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 14 mars 2017 (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH, C-188/15), a dit pour droit : « L'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ».

Par arrêt du même jour (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15), la Cour de justice a dit pour droit : « L'article 2, § 2, sous a, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail doit être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive.

En revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, § 2, sous b, de la directive 2000/78 s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

La Cour de justice a précisé, dans les motifs de cette dernière décision, s'agissant du refus d'une salariée de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients de l'employeur, qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à l'employeur, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement.

Il en résulte que l'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir, dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur en application de l'article L. 1321-5 du code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients et qu'en présence du refus d'une salariée de se conformer à une telle clause dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est

possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement.

**Soc. - 22 novembre 2017.**

**CASSATION**

N° 13-19.855. - CA Paris, 18 avril 2013.

M. Frouin, Pt. - M. Huglo, Rap. - Mme Courcol-Bouchard, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

*L'avis de l'avocat général est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1399 et dans la RJS 2018, avis, p. 14. Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 338, et II, 1400, note Bernard Bossu et François Pinatel. Voir également le JCP 2017, éd. G, Act., 1321, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier, le JCP 2017, éd. E, Act., n° 866, la Gaz. Pal. 2017, n° 43, p. 15, note Patrice Le Maigat, la Rev. dr. tr., décembre 2017, Chron., p. 797, note Michel Miné, la RJS 2018, n° 5, le JCP 2018, éd. G, II, 21, note Sylvie Hennion, et le JCP 2017, éd. E, II, 1011, note Jean-Marc Chonnier.*

**Note sous Soc., 22 novembre 2017, n° 417 ci-dessus**

Par cette décision attendue, la chambre sociale de la Cour de cassation tire les conséquences en droit français des deux arrêts rendus le 14 mars 2017 par la Cour de justice de l'Union européenne en ce qui concerne la liberté de religion dans l'entreprise (CJUE, gde ch., arrêt du 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH, C-188/15 ; CJUE, gde ch., arrêt du 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15). S'agissant d'un licenciement fondé sur le refus d'une salariée portant un foulard islamique de l'ôter lors de ses contacts avec la clientèle, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé l'interprétation qu'il convenait de retenir des dispositions de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui prohibe les discriminations en raison de l'âge, du handicap, de l'orientation sexuelle et des convictions religieuses.

Le droit européen des discriminations est traversé depuis l'origine, tant en jurisprudence que dans les directives, notamment celles adoptées en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, par la distinction entre les discriminations directes et indirectes, le régime des justifications étant radicalement différent.

- Comme en matière de liberté de circulation, une discrimination directe ne peut être justifiée que par un texte spécifique et exprès, résultant soit d'une disposition d'un des traités européens, soit de l'intervention du législateur de l'Union européenne dans un texte de droit dérivé.

Dans l'espèce en cause, le seul texte dérogatoire applicable est l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 précitée, admettant qu'il soit dérogé au principe de non-discrimination en présence d'une condition essentielle et déterminante résultant de la nature d'une activité professionnelle et des conditions de son exercice. La Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans son arrêt Bougnaoui (arrêt C-188/15 du 14 mars 2017, précité) que, conformément au considérant 23 de la directive, ce n'est que dans des conditions très limitées qu'une caractéristique liée, notamment, à la religion peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante (§ 38) et qu'il en résulte que la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de cette disposition, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause ; elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client (§ 40). Elle en a conclu, en réponse à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation française, que l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 précitée doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits

d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition.

- En revanche, comme le prévoit l'article 2, § 2, de la directive 2000/78/CE précitée, une discrimination indirecte peut être justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, dont la liste n'est pas limitative et qui sont découverts au fil des affaires par le juge. Ainsi, dans le second arrêt du 14 mars 2017 rendu à propos d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation belge (C-157/15, précité), la Cour de justice a identifié un élément objectif résultant de la volonté de l'entreprise d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse, un tel souhait se rapportant à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (§§ 37 et 38). Cela suppose toutefois de caractériser une discrimination indirecte, définie, selon l'article 2, § 2, de la directive précitée, comme une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les personnes d'une religion donnée par rapport à d'autres personnes. Sur ce point, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une clause ou une politique générale de neutralité dans l'entreprise, prohibant le port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses, doit viser indifféremment toute manifestation de telles convictions et doit, dès lors, être considérée comme traitant de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes (§ 30). Une telle clause ou une telle politique est alors justifiée si elle ne s'applique qu'aux salariés en contact avec la clientèle et si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il n'était pas possible à l'employeur, face au refus de la salariée d'ôter un signe religieux, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec les clients, plutôt que de procéder à son licenciement (§ 43). Cette dernière obligation, qui s'apparente à une obligation de recherche de reclassement ou d'accommodements raisonnables, notion plus familière aux pays de *Common Law*, n'est qu'une application du principe de proportionnalité, s'agissant de déroger à une liberté fondamentale consacrée par l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

À ces conditions qui sont reprises par l'arrêt du 22 novembre 2017, ici commenté, de la chambre sociale de la Cour de cassation, cette dernière, en application des articles L. 1321-1 et suivants du code du travail, ajoute l'exigence que la clause de neutralité figure dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur en application de l'article L. 1321-5 du code du travail. Dès lors qu'il s'agit d'une mesure relevant de la discipline dans l'entreprise et qui apporte une restriction aux droits fondamentaux, les dispositions précitées exigent que soient respectées les garanties qui résultent de la communication du règlement intérieur à l'inspecteur du travail et du contrôle de celui-ci sur les clauses le cas échéant illicites, sous l'autorité, en cas de recours pour excès de pouvoir, des juridictions administratives et, en dernier lieu, du Conseil d'État, ainsi que de la consultation obligatoire du comité d'entreprise et dans certains cas du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Il sera rappelé qu'en l'absence du respect de ces garanties, la jurisprudence de la chambre sociale en déduit l'inopposabilité au salarié des clauses du règlement intérieur (Soc., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-13.687, *Bull.* 2012, V, n° 134).

Dans la mesure où, dans l'entreprise concernée, aucune clause de neutralité ne figurait dans le règlement intérieur ni dans une note de service relevant du même régime légal, le licenciement pour faute prononcé en raison du non-respect d'un ordre oral



N° 419

donné à une salariée et visant un signe religieux déterminé a été analysé comme une discrimination directe. Aucune contrainte objective ne s'opposant à ce que des fonctions d'ingénieur en informatique soient assurées par une salariée portant un foulard, cette discrimination directe ne pouvait être justifiée.

La chambre sociale de la Cour de cassation se place ainsi dans le sillage de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire Baby Loup (assemblée plénière, 25 juin 2014, pourvoi n° 13-28.369, *Bull.* 2014, Ass. plén., n° 1), qui avait admis la validité d'une clause de neutralité générale dans une association dès lors qu'elle ne concernait que le personnel en contact avec les enfants et que, s'agissant d'une association de dimension réduite employant seulement dix-huit salariés, la mesure de licenciement était légitime et proportionnée.

En se référant à la mission de l'employeur de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, la chambre sociale s'est inspirée du nouvel article L. 1321-2-1 du code du travail, issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, inapplicable en l'espèce s'agissant de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, qui permet l'introduction dans le règlement intérieur des entreprises privées d'une clause de neutralité, disposition législative dont la compatibilité avec le droit de l'Union européenne est désormais incontestable.

Cette décision, qui définit ainsi le cadre d'instauration d'une politique de neutralité au sein des entreprises privées, ne s'oppose pas à la négociation au sein de l'entreprise de chartes d'éthique portant sur les modalités du « vivre ensemble » dans la communauté de travail. Mais de telles chartes sont dénuées de caractère obligatoire et ne sauraient fonder un licenciement pour motif disciplinaire dans le cas du non-respect par un salarié des préconisations qu'elles comportent.

N° 418

## Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Salarié protégé. - Mesures spéciales. - Autorisation administrative. - Annulation. - Caractère définitif. - Effets. - Examen d'une demande de résiliation judiciaire antérieure. - Possibilité (non). - Fondement. - Portée.

Le contrat de travail du salarié protégé, licencié sur le fondement d'une autorisation administrative ensuite annulée, et qui ne demande pas sa réintégration, est rompu par l'effet du licenciement. Lorsque l'annulation de l'autorisation de licenciement est devenue définitive, le salarié a droit, d'une part, en application de l'article L. 2422-4 du code du travail, au paiement d'une indemnité égale à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision d'annulation, d'autre part, au paiement des indemnités de rupture, s'il n'en a pas bénéficié au moment du licenciement et s'il remplit les conditions pour y prétendre, et de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail, s'il est établi que son licenciement était, au moment où il a été prononcé, dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Ces dispositions font obstacle à ce que la juridiction prud'homale se prononce sur la demande de résiliation judiciaire formée par le salarié protégé, même si sa saisine est antérieure à la rupture.

**Soc. - 11 octobre 2017.**

CASSATION

N° 16-14.529. - CA Nancy, 29 janvier 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - M. Weissmann, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

## 1<sup>o</sup> Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Modalités. - Lettre. - Lettre du conseil du salarié. - Mandat apparent. - Conditions. - Détermination. - Portée.

## 2<sup>o</sup> Contrat de travail, rupture

Prise d'acte de la rupture. - Prise d'acte par le salarié. - Cause. - Manquements reprochés à l'employeur. - Preuve. - Défaut. - Effets. - Indemnité de préavis. - Paiement par le salarié. - Droit à congés payés au profit de l'employeur. - Exclusion. - Portée.

1<sup>o</sup> Caractérise les circonstances dont elle a pu déduire l'existence d'un mandat apparent engageant le salarié la cour d'appel qui relève que l'auteur de la lettre de prise d'acte adressée à l'employeur était avocat, qu'il s'était présenté comme étant celui du salarié et s'était exprimé au nom de ce dernier et que le contenu de cette lettre démontrait que son auteur avait une connaissance approfondie de la situation du salarié, de ses déplacements, d'un accident du travail récent dont il avait été victime ainsi que des données du litige.

2<sup>o</sup> Le montant de l'indemnité due par le salarié à l'employeur en cas de non-respect de son préavis n'ouvre pas droit à des congés payés au profit de l'employeur.

**Soc. - 22 novembre 2017.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 16-12.524. - CA Paris, 16 décembre 2015.

M. Frouin, Pt. - M. Duval, Rap. - Mme Rémy, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Rémy-Corlay, SCP Piwnica et Molinié, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1013, note Stéphane Brissy.*

N° 420

## Convention européenne des droits de l'homme

Article 7. - Principe de légalité. - Transparence de la vie publique. - Obligations de déclaration. - Infractions. - Omission de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts. - Compatibilité.

La référence, par les articles 5-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 et 26, I, de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, au caractère substantiel de la part du patrimoine ou des intérêts omise des déclarations rendues obligatoires pour tout membre du gouvernement, aux fins de prévention des conflits d'intérêts et de transparence dans la vie publique, ne méconnaît pas le principe de légalité des délits et des peines, garanti par l'article 7, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

**Crim. - 22 novembre 2017.**

REJET

N° 16-86.475. - CA Paris, 27 septembre 2016.

M. Soulard, Pt. - Mme Chauchis, Rap. - M. Salomon, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 2428. Voir également la revue AJ Pénal 2018, p. 46, note Jérôme Lasserre Capdeville.*

N<sup>o</sup> 421

### *Copropriété*

Syndicat des copropriétaires. - Assemblée générale. - Convocation. - Convocation irrégulière ou absence de convocation. - Exclusion. - Cas. - Mention inexacte du représentant d'une société dans sa convocation adressée à son siège social.

La mention inexacte du représentant d'une société dans sa convocation à une assemblée générale des copropriétaires adressée à son siège n'affecte pas sa régularité.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 16-20.311. - CA Dijon, 26 janvier 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Dagneaux, Rap. - SCP Didier et Pinet, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

N<sup>o</sup> 422

### *Copropriété*

Syndicat des copropriétaires. - Assemblée générale. - Procès-verbal. - Mentions. - Réserves formulées par les copropriétaires ou associés. - Détermination.

La mention, au procès-verbal d'une assemblée générale, des réserves formulées par les copropriétaires ou associés opposants sur la régularité des décisions, prévue par le troisième alinéa de l'article 17 du décret n<sup>o</sup> 67-223 du 17 mars 1967, ne concerne que celles émises lors du déroulement de celle-ci.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 16-25.125. - CA Paris, 4 octobre 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Jariel, Rap. - M. Sturlèse, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N<sup>o</sup> 423

### *Cour d'assises*

Appel. - Désistement. - Désistement de l'accusé. - Autorité compétente pour en donner acte. - Saisine de la chambre criminelle de la Cour de cassation (non). - Président de la cour d'assises statuant en appel. - Détermination.

Il se déduit des articles 380-11 et 380-14 du code de procédure pénale, relatifs à l'appel des décisions de cour d'assises, qu'en cas de désistement d'appel, sans qu'au préalable la Cour de cassation ait été saisie d'une demande de désignation, il appartient au premier président de la cour d'appel de désigner la cour d'assises chargée de statuer en appel parmi celles de son ressort, et au président de la cour d'assises ainsi désignée de constater ce désistement.

**Crim. - 15 novembre 2017.**

*RENVOI AU PROCUREUR GÉNÉRAL*

N<sup>o</sup> 17-86.410. - Cour d'assises du Puy-de-Dôme, 29 septembre 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén.

N<sup>o</sup> 424

### *1<sup>o</sup> Cour d'assises*

Débats. - Requête adressée au président de la cour d'assises antérieurement aux débats. - Requête aux fins de supplément d'information. - Réponse de la cour d'assises. - Défaut. - Portée.

### *2<sup>o</sup> Cour d'assises*

Débats. - Incident contentieux. - Conclusions déposées par la défense. - Requête aux fins de supplément d'information. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

1<sup>o</sup> Il n'y a pas lieu de répondre à une requête aux fins de supplément d'information adressée au président de la cour d'assises avant l'ouverture des débats.

2<sup>o</sup> Il n'y a pas lieu de répondre à une requête aux fins de supplément d'information déposée après l'ouverture des débats devant la cour d'assises, visée par le greffier, mais qui n'est pas soutenue oralement.

**Crim. - 15 novembre 2017.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 16-86.913. - Cour d'assises du Gard, 8 juillet 2016.

M. Soulard, Pt. - Mme Draï, Rap. - M. Valat, Av. Gén.

N<sup>o</sup> 425

### *Cour d'assises*

Procédure antérieure aux débats. - Supplément d'information ordonné par le président. - Nullités. - Nullité d'ordre public. - Mise en examen ordonnée par le magistrat commis. - Sanction. - Détermination.

Le magistrat commis par une cour d'assises pour exécuter un supplément d'information, n'agissant pas dans le cadre d'une information, n'a aucune qualité pour procéder à une mise en examen.

Dès lors, un tel acte se trouve entaché d'une nullité d'ordre public.

**Crim. - 15 novembre 2017.**

*REJET*

N<sup>o</sup> 17-83.257. - CA Nîmes, 24 mars 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Béghin, Rap. - M. Mondon, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N<sup>o</sup> 426

### *Cour d'assises*

Questions. - Circonstances aggravantes. - Circonstance aggravante non mentionnée dans l'arrêt de renvoi. - Question spéciale résultant des débats. - Requalification des faits. - Cas. - Violences avec arme. - Circonstance aggravante de mort occasionnée (non).

Le crime de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, défini par l'article 222-7 du code pénal, est une infraction distincte du délit de violences commises avec arme, défini par les articles 222-11 à 222-13 du code pénal, et non pas une circonstance aggravante de ce délit.

En conséquence, méconnaît les dispositions de l'article 350 du code de procédure pénale le président de la cour d'assises qui pose une question spéciale afin de rechercher si les faits qualifiés dans la décision de renvoi de violences avec arme ne constituent pas en réalité le crime de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner.

**Crim. - 29 novembre 2017.**

*CASSATION*

N<sup>o</sup> 17-80.224. - Cour d'assises de la Meurthe-et-Moselle, 12 décembre 2016.

M. Soulard, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Mondon, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, Av.

N° 427

## Détention provisoire

Décision de maintien en détention provisoire. - Matière correctionnelle. - Appel d'une ordonnance de renvoi. - Appel déclaré irrecevable. - Pourvoi. - Effets. - Caractère non définitif de l'ordonnance de renvoi. - Compétence du tribunal correctionnel pour statuer sur la détention provisoire (non). - Jugement irrégulier de condamnation et maintien en détention - Appel. - Demande de mise en liberté. - Conclusions invoquant l'irrégularité du titre de détention. - Règle de l'unique objet de l'appel. - Opposabilité (non) - Portée.

Si une juridiction de jugement, appelée à statuer sur une demande de mise en liberté formée en application de l'article 148-1, alinéa 2, du code de procédure pénale, ne peut connaître de questions étrangères à la détention, unique objet de sa saisine, une telle restriction ne peut être opposée au prévenu qui conteste la régularité du titre en vertu duquel il est détenu.

Il résulte des articles 179 et 388 du code de procédure pénale que le tribunal correctionnel ne peut statuer sur une procédure qu'autant que l'ordonnance de renvoi qui l'en saisit est devenue définitive.

Un tribunal correctionnel ayant statué au fond et maintenu le prévenu en détention, alors que l'ordonnance de renvoi n'était pas définitive, encourt la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui, saisie d'une demande de mise en liberté formée par ce prévenu, écarte le moyen tiré de l'irrégularité du titre de détention délivré par ce tribunal et statue sur la demande, alors que la chambre de l'instruction était seule compétente pour l'examiner, l'intéressé étant détenu en exécution de l'ordonnance rendue par le juge d'instruction conformément à l'article 179, alinéa 3, du code de procédure pénale.

**Crim. - 28 novembre 2017.**  
CASSATION SANS RENVOI

N° 17-85.523. - CA Rennes, 4 septembre 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Bonnal, Rap. - M. Lemoine, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, Av.

N° 428

## Détention provisoire

Décision de mise en liberté. - Motifs. - Réquisitions contraires du ministère public. - Pouvoirs des juges.

La chambre de l'instruction qui ordonne, fût-ce contrairement aux réquisitions du ministère public, la remise en liberté d'un accusé en attente de comparaître devant une cour d'assises d'appel n'a pas à constater l'absence des conditions qui, selon les articles 143-1 et suivants du code de procédure pénale, pourraient autoriser son maintien en détention.

**Crim. - 29 novembre 2017.**  
REJET

N° 17-85.322. - CA Versailles, 17 août 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Béghin, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 429

## Détention provisoire

Juge des libertés et de la détention. - Débat contradictoire. - Modalités. - Comparution. - Moyen de télécommunication audiovisuelle. - Refus par la personne détenue. - Effets. - Caractère définitif du choix opéré.

Conformément à l'article 706-71 du code de procédure pénale, dans sa rédaction résultant de la loi du 3 juin 2016, lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de celle-ci, la personne détenue peut, lorsqu'elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle est envisagé, refuser l'utilisation de ce moyen.

Il se déduit de cette disposition, qui trouve son fondement dans le souci d'une bonne administration de la justice, que l'intéressé ne peut plus revenir sur son choix ultérieurement.

**Crim. - 29 novembre 2017.**  
REJET

N° 17-85.300. - CA Aix-en-Provence, 9 août 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Guéry, Rap. - M. Petitprez, Av. Gén. - SCP Gouz-Fitoussi et Ridoux, Av.

N° 430

## Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Collèges électoraux. - Nombre et composition. - Collège unique. - Constitution. - Modalités. - Détermination. - Cas. - Élections des délégués du personnel au sein d'un établissement distinct.

Il résulte des articles L. 2232-16 et L. 2314-10 du code du travail que peuvent décider la mise en place d'un collège unique pour les élections des délégués du personnel au sein d'un établissement distinct doté d'un comité d'établissement, à l'unanimité, les organisations syndicales représentatives au sein de cet établissement distinct.

**Soc. - 22 novembre 2017.**  
REJET

N° 16-24.801. - TI Rennes, 5 octobre 2016.

M. Huglo, Pt (f.f.). - Mme Basset, Rap. - Mme Rémyery, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1025, note Jean-Yves Kerbourc'h.*

N° 431

## Élections professionnelles

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Protocole d'accord préélectoral. - Négociation. - Convocation des syndicats représentatifs. - Syndicat représentatif non représenté dans l'entreprise. - Portée.

Il résulte des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du code du travail qu'en l'absence d'organisation syndicale reconnue représentative dans l'entreprise ou l'établissement ou d'organisation ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, l'invitation d'une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel à la négociation du protocole d'accord préélectoral en vue des élections de représentants du personnel est valablement adressée à la confédération syndicale représentative nationale et interprofessionnelle.

**Soc. - 15 novembre 2017.**  
REJET

N° 16-60.268. - TI Nantes, 29 juin 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Salomon, Rap. - Mme Trassoudaine-Verger, Av. Gén.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1413, note Emeric Jeanssen. Voir également la RJS 2018, n° 53.*

N° 432

## *Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de redressement. - Durée. - Augmentation. - Conditions. - Agriculteur personne physique.

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 621-66, devenu L. 626-12, du code de commerce et L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime que le bénéfice d'un plan d'une durée de quinze ans est réservé aux agriculteurs personnes physiques, de sorte que les personnes morales, telle une exploitation agricole à responsabilité limitée, ne peuvent se voir accorder un plan dont la durée excède dix ans.

**Com. - 29 novembre 2017.**

*REJET*

N° 16-21.032. - CA Orléans, 31 mars 2016.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Barbot, Rap. - M. Le Mesle, P. Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Capron, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 2421, note Alain Lienhard. Voir également le Bull. Joly sociétés 2018, p. 54, note Bastien Brignon, et la revue Droit et procédures, janvier 2018, Chron. p. 4, note Philippe Roussel Galle.*

### **Note sous Com., 29 novembre 2017, n° 432 ci-dessus**

L'arrêt ici commenté est l'occasion, pour la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, de se prononcer pour la première fois sur la question de la durée maximale du plan de redressement applicable à une personne morale exerçant une activité agricole.

L'origine de la difficulté provient de la coexistence des textes suivants :

- d'un côté, l'article L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime - étant précisé que, depuis l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, ce texte ne contient plus la référence, devenue obsolète, à la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises - qui dispose que « Le redressement et la liquidation judiciaires des exploitations agricoles sont régis par les dispositions de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Pour l'application des dispositions de la loi précitée, est considérée comme agriculteur toute personne physique exerçant des activités agricoles au sens de l'article L. 311-1 » ;

- de l'autre, l'ancien article L. 621-66 du code de commerce, devenu l'article L. 626-12 depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui prévoit que la durée d'un plan de redressement ne peut excéder dix ans et que « Lorsque le débiteur est un agriculteur, elle ne peut excéder quinze ans ».

Dans l'affaire soumise à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, il s'agissait de déterminer si une personne morale exerçant une activité agricole, spécialement une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), de surcroît unipersonnelle, pouvait bénéficier de la durée dérogatoire de quinze ans - ce que soutenait cette société dans son pourvoi - ou, à l'inverse, si l'application combinée des textes précités commandait de réserver ce bénéfice aux seuls agriculteurs personnes physiques, ainsi que l'a jugé la cour d'appel dans l'arrêt attaqué.

L'hésitation entre ces deux lectures - qui s'est reflétée dans les solutions, opposées, adoptées par certains juges du fond, comme dans les opinions divergentes exprimées par certains commentateurs - provient de ce que les textes en cause ne sont pas issus d'une réforme législative d'ensemble, mais sont, au contraire, le fruit de modifications législatives successives

et ponctuelles : le premier texte, issu de la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, a eu pour finalité de combler un « vide législatif », en étendant aux agriculteurs personnes physiques la législation sur les procédures collectives, tandis que le second est issu d'une modification apportée par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, laquelle a entendu fixer une limite temporelle aux plans de redressement, qui n'en comportaient jusqu'alors aucune. Or, il ressort des travaux parlementaires afférents à la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 précitée que les raisons avancées par le législateur à l'appui de la durée dérogatoire de quinze ans prévue en faveur des agriculteurs sont la volonté de tenir compte du particularisme des cycles de production en agriculture et des difficultés propres aux exploitations agricoles, notamment pour les sols difficiles. En d'autres termes, ce sont les spécificités de l'activité agricole, et non le statut (individuel ou sociétaire) sous lequel cette activité est exercée, qui ont été mises en avant par le législateur à l'appui de cette dérogation.

En l'espèce, soutenant que l'article L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime créait une inégalité de traitement devant la loi entre, d'une part, les agriculteurs personnes physiques, d'autre part, les personnes morales exerçant une activité agricole, l'EARL avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité que la chambre commerciale avait renvoyée au Conseil constitutionnel (Com., 2 février 2017, QPC n° 16-21.032). Ce dernier a jugé que le texte en cause était conforme à la Constitution (Cons. const., 28 avril 2017, décision n° 2017-626 QPC).

Par l'arrêt ici commenté, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, se fondant sur le caractère clair et précis, et donc non susceptible d'interprétation, des termes de l'article L. 351-8 du code rural et de la pêche maritime, approuve l'arrêt attaqué et juge qu'il résulte de la combinaison de ce texte et de l'ancien article L. 621-66 du code de commerce, applicable en l'espèce et devenu l'article L. 626-12 depuis la loi de sauvegarde des entreprises, que seuls les agriculteurs personnes physiques peuvent bénéficier d'un plan d'une durée maximale de quinze ans, à l'exclusion des personnes morales exerçant une activité agricole, telle une EARL. Pour ces dernières, par conséquent, la durée maximale d'un plan est celle de droit commun, soit dix ans.

N° 433

## *Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)*

Redressement judiciaire. - Plan de redressement. - Exécution du plan. - Résolution. - Cas. - Ouverture d'une procédure collective. - Effet.

Il résulte de l'article L. 626-27 du code de commerce que l'ouverture d'une procédure collective pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement emporte la résolution du plan.

En conséquence, dès lors qu'en application de l'article L. 661-1, I, 8°, du même code, toute décision prononçant la résolution du plan est susceptible d'appel de la part du commissaire à son exécution, ce dernier est irrecevable à former tierce opposition à un jugement ayant ouvert le redressement judiciaire du débiteur pour défaut de paiement de créances nées postérieurement à l'adoption du plan, quand bien même ce jugement n'aurait-il pas fait référence à l'existence du plan et lui-même n'aurait-il pas été appelé à l'instance.

**Com. - 29 novembre 2017.**

*CASSATION SANS RENVOI*

N° 16-18.138. - CA Pau, 31 mars 2016.

Mme Mouillard, Pt. - Mme Vallansan, Rap. - Mme Henry, Av. Gén. - SCP Matuchansky, Pouput et Valdelièvre, Av.

N° 434

## État civil

Acte de l'état civil. - Acte dressé à l'étranger. - Transcription. - Refus. - Cas. - Faits déclarés ne correspondant pas à la réalité. - Désignation de la femme n'ayant pas accouché de l'enfant. - Convention de gestation pour autrui. - Portée.

Il résulte de l'article 47 du code civil que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

S'agissant de la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement.

Par suite, viole ce texte une cour d'appel qui ordonne la transcription, sur les registres français de l'état civil, de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger, en ce qu'il désigne comme mère une femme n'ayant pas accouché.

### 1<sup>re</sup> Civ. - 29 novembre 2017.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 16-50.061. - CA Rennes, 12 décembre 2016.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - M. Ingall-Montagnier, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat et Boucard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1333, note Adeline Gouttenoire. Voir également le JCP 2017, éd. N, Act., 1033, et le D. 2017, somm., p. 2477.*

N° 435

## 1<sup>o</sup> Expert judiciaire

Mesure d'expertise. - Obligations. - Impartialité. - Manquement. - Exclusion. - Cas. - Désignation d'un expert, président d'une fondation, dont l'avocat, trésorier de cette fondation, fut le conseil d'une des parties.

## 2<sup>o</sup> Bail commercial

Renouvellement. - Refus. - Refus comportant offre d'indemnité d'éviction. - Indemnité d'éviction. - Préjudice distinct. - Perte du droit au maintien dans les lieux. - Réparation.

1<sup>o</sup> Ayant constaté que, lors de la désignation d'un expert judiciaire, président d'une fondation, un avocat, trésorier de cette fondation, n'était plus le conseil d'une partie depuis près d'un an, une cour d'appel a pu en déduire qu'il n'existait aucun manquement de l'expert au principe d'impartialité.

2<sup>o</sup> Le préjudice né de la perte du droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction est distinct de celui réparé par cette indemnité.

### 3<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.

CASSATION PARTIELLE

N° 16-17.686. - CA Paris, 22 mars 2016.

M. Chauvin, Pt. - Mme Andrich, Rap. - M. Sturlèse, Av. Gén. - SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Briard, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Administrer, décembre 2017, p. 42, note Danielle Lipman-W. Boccarda.*

N° 436

## Fonds de garantie

Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. - Victime de l'amiante. - Demande d'indemnisation. - Déficit fonctionnel permanent. - Évaluation. - Détermination. - Portée.

Selon l'article 53, I, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, la victime d'une maladie due à une exposition à l'amiante peut obtenir la réparation intégrale de ses préjudices. Selon l'article 53, IV, de cette loi, l'indemnisation due par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (le FIVA) doit tenir compte des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 et des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice.

Viole ces textes une cour d'appel qui, pour fixer à une certaine somme le montant de l'indemnisation due par le FIVA au titre de l'aggravation du déficit fonctionnel permanent de la victime, déduit des sommes susceptibles d'être versées par le FIVA, au titre des arriérés de rente et du capital représentatif, les prestations perçues ou à percevoir de l'organisme social, alors qu'il lui appartenait de comparer les arrérages échus dus par le FIVA jusqu'à la date à laquelle elle statuait et ceux versés par l'organisme social pour la même période, puis, pour les arrérages à échoir à compter de sa décision, de calculer et de comparer les capitaux représentatifs des deux rentes.

### 2<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.

CASSATION PARTIELLE

N° 16-24.700. - CA Bordeaux, 29 septembre 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Boiffin, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Balat, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1017, note Dominique Asquinazi-Bailleux.*

N° 437

## Instruction

Ordonnances. - Appel. - Appel de la personne mise en examen. - Ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel. - Contestation de la nature correctionnelle des faits poursuivis. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

La recevabilité, au regard des dispositions de l'article 186-3 du code de procédure pénale, de l'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, portant requalification des faits, peut être appréciée, non seulement au vu des indications figurant dans l'acte d'appel, mais aussi en fonction des motifs de ce recours exposés par mémoire devant la chambre de l'instruction.

### Crim. - 29 novembre 2017.

ANNULLATION

N° 17-84.566. - CA Aix-en-Provence, 22 juin 2017.

M. Soulard, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Gaillardot, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, Av.

N° 438

## Instruction

Pouvoirs du juge. - Interception de correspondances émises par la voie des télécommunications. - Interception de plusieurs lignes identifiées à partir d'un même boîtier de téléphone (IMEI). - Régularité. - Condition.

Répond aux exigences des articles 100 et suivants du code de procédure pénale, sans méconnaître les dispositions de

l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la décision d'interception, d'enregistrement et de transcription des correspondances, rendue par un juge d'instruction, qui porte sur les lignes téléphoniques identifiées à partir d'un boîtier de téléphone attribué à une des personnes mises en cause.

**Crim. - 28 novembre 2017.**  
*REJET*

N° 17-81.736. - CA Aix-en-Provence, 21 février 2017.

M. Soulard, Pt. - Mme Durin-Karsenty, Rap. - M. Quintard, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2018, n° 3, p. 63, note François Fourment.*

N° 439

## *Jugements et arrêts par défaut*

Opposition. - Notification immédiate de la date d'audience (non). - Citation. - Exploit. - Signification. - Domicile. - Dernière adresse déclarée par le prévenu. - Citation faite à l'adresse déclarée (non). - Sanction - Irrégularité de la citation. - Contestation par le tribunal. - Nécessité.

Le prévenu qui a formé opposition à un jugement de défaut et qui n'a pas immédiatement reçu notification de la date à laquelle il sera statué sur ce recours doit être cité à sa dernière adresse connue à la date du mandement de citation.

Si tel n'a pas été le cas, le tribunal doit constater l'irrégularité de la citation.

**Crim. - 29 novembre 2017.**  
*CASSATION*

N° 17-81.574. - Juridiction de proximité d'Antony, 15 novembre 2016.

M. Soulard, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Mondon, Av. Gén.

N° 440

## *Juridictions correctionnelles*

Composition. - Cour d'appel. - Appel des jugements correctionnels. - Audience sur intérêts civils. - Formation collégiale. - Nécessité. - Obligation étendue à toutes les audiences au cours de laquelle la cause est instruite, plaidée ou jugée. - Portée. - Règle d'ordre public.

Même lorsqu'elle statue sur les seuls intérêts civils, la chambre des appels correctionnels est composée d'un président de chambre et de deux conseillers, qui doivent assister à toutes les audiences au cours desquelles la cause est instruite, plaidée ou jugée. Ces règles sont d'ordre public, les parties ne pouvant y renoncer.

Encourt la cassation l'arrêt qui, en cette matière, mentionne qu'un conseiller rapporteur a entendu seul les plaidoiries, les parties ne s'y étant pas opposées.

**Crim. - 28 novembre 2017.**  
*CASSATION*

N° 17-80.416. - CA Reims, 9 décembre 2016.

M. Soulard, Pt. - M. Talabardon, Rap. - Mme Caby, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1372, note Philippe Collet. Voir également la revue Dr. pénal 2018, comm. 18, note Albert Maron et Marion Haas.*

N° 441

## *Juridictions correctionnelles*

Débats. - Prévenu. - Assistance d'un défenseur. - Demande d'aide juridictionnelle. - Moment. - Formulation avant la date d'audience. - Effets. - Sursis à statuer dans l'attente de la décision du bureau. - Nécessité. - Défaut d'information de la juridiction saisie. - Absence d'influence.

Encourt la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui statue alors que le prévenu avait sollicité, avant la date de l'audience, l'attribution de l'aide juridictionnelle, peu important que la juridiction ait été ou non avisée de la demande d'aide juridictionnelle.

**Crim. - 21 novembre 2017.**  
*CASSATION*

N° 17-81.591. - CA Versailles, 10 octobre 2016.

M. Soulard, Pt. - Mme Ingall-Montagnier, Rap. - M. Desportes, Av. Gén.

N° 442

## *Lois et règlements*

Actes administratifs, réglementaires ou individuels. - Légimité. - Appréciation par les juridictions pénales. - Cas. - Urbanisme. - Construction sans permis ou non conforme. - Démolition et liquidation d'astreinte. - Exécution. - Incident contentieux. - Compétence du juge pénal.

Saisie sur le fondement de l'article 710 du code de procédure pénale d'un incident contentieux relatif à l'exécution, la cour d'appel est compétente, en vertu de l'article 111-5 du code pénal, pour apprécier, par voie d'exception, la légalité d'un acte administratif.

**Crim. - 21 novembre 2017.**  
*REJET*

N° 17-80.016. - CA Grenoble, 26 septembre 2016.

M. Soulard, Pt. - M. Lavielle, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Dr. pénal 2018, comm. 11, note Jacques-Henri Robert.*

N° 443

## *Mineur*

Assistance éducative. - Intervention du juge des enfants. - Compétence. - Cas. - Mineur isolé. - Applications diverses.

Il résulte des articles 375 et 375-5 du code civil, L. 112-3 et L. 221-2-2 du code de l'action sociale et des familles que la protection de l'enfance a pour but, notamment, de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge ; que si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur sont en danger, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par le juge des enfants ; que lorsque celui-ci est saisi de la situation d'un mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, il prend sa décision en stricte considération de l'intérêt de l'enfant.

Prive sa décision de base légale, au regard de ces textes, une cour d'appel qui donne mainlevée du placement d'un mineur étranger à l'aide sociale à l'enfance, aux motifs que ses parents exercent l'autorité parentale depuis l'étranger et qu'il a des relations sociales et familiales en France, sans rechercher, comme

il le lui incombait, si celui-ci disposait d'un représentant légal sur le territoire national ou était effectivement pris en charge par une personne majeure.

**1<sup>re</sup> Civ. - 16 novembre 2017.**  
CASSATION

N° 17-24.072. - CA Chambéry, 4 juillet 2017.

Mme Batut, Pt. - Mme Le Cotty, Rap. - Mme Ancel, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Foussard et Froger, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru dans la Gaz. Pal. 2018, n° 1, p. 74, note Charlotte Robbe et Clara Schlemmer-Bégué.*

---

N° 444

## 1<sup>o</sup> Peines

Peines correctionnelles. - Prononcé. - Motivation. - Circonstance de l'infraction, personnalité de son auteur et situation personnelle. - Domaine d'application. - Détermination.

## 2<sup>o</sup> Banqueroute

Peines. - Peines complémentaires. - Faillite personnelle. - Décision n° 2016-573 QPC du Conseil constitutionnel. - Inconstitutionnalité de l'article L. 654-6 du code de commerce. - Abrogation postérieure à la saisine de la juridiction répressive. - Portée.

1<sup>o</sup> L'exigence selon laquelle, en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle s'applique au prononcé de la peine d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve, et non au choix de ses modalités que sont les obligations prévues à l'article 132-45 du code pénal, lesquelles sont susceptibles d'être modifiées par le juge de l'application des peines.

2<sup>o</sup> Les dispositions de l'article L. 654-6 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, ayant été déclarées contraires à la Constitution par la décision n° 2016-573 QPC du Conseil constitutionnel du 29 septembre 2016, prenant effet à la date de sa publication au *Journal officiel* de la République française le 1<sup>er</sup> octobre 2016, encourt l'annulation, par voie de retranchement, l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir déclaré le prévenu coupable de délits de banqueroute, commis en 2009 et 2010, prononce la faillite personnelle de celui-ci.

**Crim. - 22 novembre 2017.**  
ANNULATION PARTIELLE

N° 16-83.549. - CA Poitiers, 28 avril 2016.

M. Soulard, Pt. - Mme Pichon, Rap. - M. Salomon, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 2422. Voir également la revue Dr. pénal 2018, comm. 20, note Evelyne Bonis-Garçon, la revue Dr. sociétés 2018, comm. 15, note Renaud Salomon, et la Gaz. Pal. 2018, n° 3, p. 46, note Emmanuel Dreyer.*

---

N° 445

## Pouvoirs des juges

Appréciation souveraine. - Impossibilité d'agir.

L'impossibilité d'agir est souverainement appréciée par les juges du fond.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**  
REJET

N° 16-20.065. - CA Aix-en-Provence, 31 mars 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Barbieri, Rap. - M. Sturlèse, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Leduc et Vigand, Av.

---

N° 446

## Prescription civile

Suspension. - Suspension entre époux. - Domaine d'application. - Action en nullité d'une cession de parts intervenue entre des époux associés d'une société civile immobilière.

Les dispositions de l'article 1304 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoyant la suspension de la prescription entre époux, s'appliquent à l'action en nullité d'une cession de parts intervenue entre des époux associés d'une société civile immobilière.

**3<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**  
REJET

N° 15-22.861. - CA Nîmes, 21 mai 2015.

M. Chauvin, Pt. - Mme Georget, Rap. - M. Kapella, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au Defrénois 2017, n° 30, p. 9. Voir également le JCP 2017, éd. N, Act., 1031, note Michel Storck, la revue AJ Famille 2018, p. 46, note Maïté Saulier, et la RLDC 2018, n° 6392, p. 6.*

---

N° 447

## Preuve

Règles générales. - Moyen de preuve. - Preuve par tous moyens. - Paiement.

La preuve du paiement du fermage, qui est un fait juridique, peut être rapportée par tous moyens.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**  
CASSATION

N° 16-17.764. - CA Amiens, 15 mars 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Barbieri, Rap. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

---

N° 448

## Procédure civile

Fin de non-recevoir. - Définition. - Clause contractuelle instituant un préalable obligatoire de conciliation. - Régularisation. - Possibilité (non).

La clause qui stipule qu'« en cas de litige portant sur le respect des clauses du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire, sauf conservatoire » institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge.

Le moyen tiré du défaut de mise en œuvre de cette clause constitue une fin de non-recevoir et la situation donnant lieu à celle-ci n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance.

**3<sup>e</sup> Civ. - 16 novembre 2017.**  
CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 16-24.642. - CA Nîmes, 30 juin 2016.

M. Chauvin, Pt. - M. Nivôse, Rap. - M. Charpenel, P. Av. Gén. - SCP Bouloche, SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. E, Act., n° 854. Voir également la revue Procédures 2018, comm. 7, note Yves Strickler, et la RLDC 2018, n° 6392, p. 6.*

N° 449

## **Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle**

Dommage. - Réparation. - Droit à réparation. - Exclusion. - Cas. - Perte de sa vie.

La perte de sa vie ne fait en elle-même naître aucun droit à réparation dans le patrimoine de la victime. Seul est indemnisable le préjudice résultant de la souffrance morale liée à la conscience de sa mort prochaine.

Dès lors, une cour d'appel, ayant énoncé à bon droit que la perte de la possibilité de vivre n'était pas un préjudice qu'un enfant, victime d'un accident mortel, avait pu subir de son vivant et estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve soumis à son examen, qu'il n'était pas établi que l'enfant avait eu conscience de l'imminence de sa mort, en a déduit exactement que celui-ci n'avait pas transmis à ses parents un droit à indemnisation de ces chefs.

**2<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

REJET

N° 16-13.948. - CA Bastia, 20 janvier 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Boiffin, Rap. - M. Lavigne, Av. Gén. - SCP Spinosi et Sureau, M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Richard, SCP Lévis, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au D. 2017, somm., p. 2425. Voir également la Gaz. Pal. 2018, n° 2, p. 25, note Mustapha Mekki, la revue AJ Famille 2018, p. 49, note Jérémy Houssier, et la RLDC 2018, n° 6392, p. 7.*

N° 450

## **Sécurité sociale**

Cotisations. - Paiement. - Employeur débiteur. - Employeur assujéti au versement de transport. - Conditions. - Seuil d'effectif. - Seuil d'effectif dépassé antérieurement à 2008. - Effet.

Selon le quatrième alinéa de l'article L. 2333-64 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, les employeurs qui, en raison de l'accroissement de leur effectif, atteignent ou dépassent l'effectif de dix salariés sont dispensés pendant trois ans du versement destiné au financement des transports en commun et le montant de ce versement est réduit de 75 %, 50 % et 25 % respectivement chacune des trois années suivant la dernière année de dispense.

Viola ce texte la cour d'appel qui décide qu'une société dont l'établissement a déjà franchi le seuil de dix salariés antérieurement à 2008 peut prétendre au bénéfice de l'exonération du versement de transport pour les années 2008 et 2009 en raison d'un nouveau franchissement de seuil au sein du même établissement.

**2<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**

CASSATION

N° 16-26.464. - CA Aix-en-Provence, 21 septembre 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Taillandier-Thomas, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1027, note Thierry Tauran.*

N° 451

## **Sécurité sociale**

Cotisations. - Réduction. - Réduction des cotisations sur les bas salaires. - Domaine d'application. - Détermination. - Portée.

Les sommes versées par l'employeur, postérieurement à la rupture du contrat de travail, pour l'exécution d'une clause de non-concurrence n'entrent pas dans le champ d'application de la réduction de cotisations sur les bas salaires prévue par les articles L. 241-13, III, et D. 241-7, I, du code de la sécurité sociale.

**2<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**

CASSATION

N° 16-12.403. - CA Versailles, 10 décembre 2015.

Mme Flise, Pt. - Mme Brinet, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1008, note Philippe Coursier.*

N° 452

## **Sécurité sociale**

Financement. - Ressources autres que les cotisations. - Contribution à la charge des fabricants ou distributeurs de dispositifs médicaux. - Assiette. - Détermination. - Portée.

Il résulte des articles L. 245-5-1 et L. 245-5-5 du code de la sécurité sociale que n'entrent dans l'assiette de la contribution instituée par le premier de ces textes que les rémunérations afférentes à la promotion, la présentation ou la vente des produits et prestations inscrits aux titres I et III sur la liste prévue à l'article L. 165-1. La surveillance des incidents ou des risques d'incidents résultant de l'utilisation des dispositifs médicaux, dite matériovigilance, est étrangère à ces activités commerciales.

Fait une exacte application de ces textes la cour d'appel qui annule le redressement résultant de la réintégration dans l'assiette de cette contribution de la fraction de rémunération versée par la société à ses délégués, correspondant à leur activité de matériovigilance.

**2<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**

REJET

N° 16-25.234. - CA Versailles, 1<sup>er</sup> septembre 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Poirotte, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Monod, Colin et Stoclet, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1019, note Thierry Tauran.*

N° 453

## **Sécurité sociale, contentieux**

Contentieux spéciaux. - Contentieux technique. - Fixation du taux d'incapacité permanente partielle d'un salarié. - Contestation. - Procédure. - Lettre de notification de la décision prise par la caisse. - Conditions de forme. - Mentions obligatoires. - Application de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 (non).

La lettre de notification de la décision d'une caisse primaire qui se prononce sur l'existence d'une incapacité permanente dans les conditions d'application de l'article R. 434-32 du code de la sécurité sociale ne constitue pas une décision au sens de l'article 4, alinéa 2, de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, devenu l'article L. 221-1, alinéa 1, du code des relations entre le public et l'administration.

**2<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**

REJET



N° 16-25.309. - Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), 6 juillet 2016.

Mme Flise, Pt. - Mme Palle, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Foussard et Froger, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1031, note Marie Michalletz.*

N° 454

## Sécurité sociale, prestations familiales

Allocation de logement familiale. - Paiement indu. - Action en répétition. - Exercice. - Personne contre laquelle elle doit être dirigée. - Détermination.

Il résulte de l'article 1376, devenu 1302-1, du code civil que l'action en répétition de l'indu ne peut être engagée que contre celui qui a reçu le paiement ou pour le compte duquel le paiement a été reçu.

Une caisse d'allocations familiales ayant réclamé par voie de contrainte un indu d'allocation de logement familiale au concubin d'une allocataire, fait une exacte application de ce texte le jugement qui accueille l'opposition à contrainte formée par celui-ci, après avoir constaté qu'il n'est pas prétendu que l'intéressé ait demandé à bénéficier de l'allocation de logement, ni qu'il ait été allocataire de la caisse à ce titre.

**2<sup>e</sup> Civ. - 30 novembre 2017.**

REJET

N° 16-24.021. - TASS Le Mans, 13 juillet 2016.

Mme Flise, Pt. - M. Poirotte, Rap. - M. de Monteynard, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2018, éd. S, II, 1020, note Thierry Tauran. Voir également la revue AJ Famille 2018, p. 40, note Maïté Saulier.*

N° 455

## Servitude

Servitudes diverses. - Vues. - Vues droites. - Distance légale. - Fonds séparés par un espace privé commun. - Fonds contigus. - Nécessité. - Portée.

Viole l'article 678 du code civil la cour d'appel qui, pour ordonner la suppression de vues, retient que les deux héritages sont séparés par un espace privé d'usage commun alors qu'il résulte de ses motifs que ces fonds ne sont pas contigus, de sorte que peu importe l'usage commun de la bande de terrain.

**3<sup>e</sup> Civ. - 23 novembre 2017.**

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 15-26.240. - CA Bastia, 17 juin 2015.

M. Chauvin, Pt. - M. Echappé, Rap. - Mme Salvat, P. Av. Gén. - SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Spinosi et Sureau, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. N, Act., 1011, note Eric Meiller.*

N° 456

## Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Convention collective nationale de la fabrication de l'ameublement du 14 janvier 1986. - Accord du 5 octobre 1988 relatif à la commission paritaire nationale de l'emploi. - Missions de la commission paritaire nationale de

l'emploi. - Étendue. - Exclusion. - Aide aux reclassements externes préalablement aux licenciements envisagés. - Portée.

Il résulte de la convention collective nationale de la fabrication de l'ameublement du 14 janvier 1986 et de l'accord du 5 octobre 1988 relatif à la commission paritaire nationale de l'emploi annexé à ladite convention que les partenaires sociaux n'ont pas attribué à cette commission une mission particulière de reclassement externe préalablement aux licenciements envisagés.

Un salarié ne peut dès lors reprocher à l'employeur l'absence de saisine de la commission paritaire avant son licenciement.

**Soc. - 16 novembre 2017.**

CASSATION PARTIELLE

N° 16-14.572. - CA Douai, 29 janvier 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Depelley, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périé, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, II, 1420, note François Dumont. Voir également la RJS 2018, n° 27, et la Gaz. Pal. 2018, n° 2, p. 78, note Christine Gailhbaud.*

N° 457

## Succession

Partage. - Partage judiciaire. - Rédaction du cahier des charges de la vente sur licitation. - Désignation d'un avocat. - Remplacement d'un avocat. - Pouvoir du juge.

Il entre dans les pouvoirs du juge commis, tenu de veiller au bon déroulement des opérations de partage et de statuer sur les demandes relatives à la succession, de procéder au remplacement de l'avocat désigné par un jugement pour rédiger le cahier des charges de la vente sur licitation.

**1<sup>re</sup> Civ. - 29 novembre 2017.**

REJET

N° 17-11.973. - CA Aix-en-Provence, 25 novembre 2016.

Mme Batut, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Sassoust, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde, Buk-Lament et Robillot, SCP Leduc et Vigand, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. G, Act., 1334, note Sylvie Pierre-Maurice. Voir également le JCP 2018, éd. G, II, 74, note Laurence Mauger-Vielpeau, et la RLDC 2018, n° 6392, p. 9.*

N° 458

## Travail réglementation, rémunération

Salaires. - Égalité des salaires. - Atteinte au principe. - Défaut. - Conditions. - Éléments objectifs justifiant la différence de traitement. - Présomption. - Cas. - Différence de traitement résultant d'un transfert conventionnel des contrats de travail lors d'une reprise de marché. - Maintien par la société entrante des contrats de travail des salariés issus de la société sortante. - Portée.

L'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs conduit à apprécier différemment la portée du principe d'égalité de traitement à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle.

La différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des

salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement.

Encourent, dès lors, la cassation les jugements qui, pour condamner la société entrante à payer à chaque salarié une somme à titre de prime de treizième mois, retiennent que les différents salariés demandeurs accomplissent le même travail pour le même employeur sur le même chantier, s'agissant tant des salariés dont le contrat de travail a été transféré lorsque le marché a fait l'objet d'un changement de prestataire au 1<sup>er</sup> janvier 2010 que des salariés faisant déjà partie des effectifs de la société entrante à cette date, et que l'employeur ne démontre pas l'existence d'une raison objective et pertinente justifiant la différence de rémunération liée à la nécessité de compenser un préjudice spécifique à une catégorie de travailleurs.

#### **Soc. - 30 novembre 2017.**

##### *CASSATION SANS RENVOI*

N° 16-20.532. - CPH Paris, 13 mai 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Duvallet, Rap. - M. Boyer, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

*Un commentaire de cette décision est paru au JCP 2017, éd. S, Act., n° 348. Voir également le JCP 2017, éd. E, Act., n° 888, le JCP 2017, éd. G, Act., 1341, note Danielle Corrigan-Carsin, et le JCP 2018, éd. S, II, 1023, note Jean-François Cesaro.*

#### **Note sous Soc., 30 novembre 2017, n° 458 ci-dessus**

Dans cette affaire, en application de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, la société AAF La Providence, attributaire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 du marché de nettoyage du site « Banque de France », a repris à son service différents salariés affectés sur ce site à la suite de la perte du marché par leur employeur. D'anciens salariés de la société AAF la Providence ont saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir, au nom du principe de l'égalité de traitement, le paiement d'une prime de treizième mois versée à certains salariés issus de transferts antérieurs et passés au service de la société AAF La Providence. La chambre sociale de la Cour de cassation casse les jugements ayant accueilli ces demandes et, procédant à une cassation sans renvoi, rejette la demande des salariés.

Elle énonce que « La différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ».

Par cet arrêt du 30 novembre 2017 ici commenté, la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence et décide d'harmoniser ses solutions en ce qui concerne l'application du principe de l'égalité de traitement en cas de transfert de contrats de travail entre deux employeurs résultant de l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ou résultant de dispositions conventionnelles.

Dans la mesure en effet où la Cour de cassation juge de manière constante que les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ne sont pas applicables dans le cas de la seule perte du marché (assemblée plénière, 16 mars 1990, pourvoi n° 85-44.518, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 3, et Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-19.829, *Bull.* 2006, V, n° 389), les partenaires sociaux, tirant les conséquences de ces arrêts et afin de garantir leur emploi aux salariés affectés à l'exécution d'un marché, ont conclu dans les secteurs d'activité les plus concernés, tels le gardiennage, la sécurité ou le domaine de la propreté, des accords de branche étendus imposant au nouveau prestataire la reprise des contrats de travail des salariés affectés à ce marché et remplissant certaines conditions. Dans tous les cas, le nouvel employeur est tenu de maintenir, pour les salariés transférés, les avantages dont ils bénéficiaient auprès de l'ancien employeur.

Consacré par l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359), le principe de l'égalité de traitement implique, en matière de rémunération, de traiter de façon identique les travailleurs effectuant le même travail ou un travail de valeur égale et placés dans une même situation au regard de l'avantage en cause, sauf à l'employeur d'établir que la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives dont il revient au juge de vérifier concrètement la réalité et la pertinence.

Appliqué au domaine du transfert des contrats de travail entre deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation opérait jusqu'alors une distinction selon que le transfert était d'origine légale et résultait de plein droit des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ou qu'il était d'origine conventionnelle.

Dans le cas du transfert légal, la chambre sociale a admis que les avantages dont les salariés disposaient avant le transfert ne s'étendaient pas aux salariés de l'entreprise ayant repris l'entité économique autonome (Soc., 21 septembre 2005, pourvoi n° 03-43.532, *Bull.* 2005, V, n° 260 ; Soc., 17 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.335 ; Soc., 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-44.594, *Bull.* 2005, V, n° 356, et Soc., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-42.718) et a dit par un arrêt du 11 janvier 2012 (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.622, *Bull.* 2012, V, n° 15) que l'obligation légalement faite au nouvel employeur de maintenir les avantages prévus dans les contrats de travail des salariés repris était de nature à constituer une raison objective pouvant justifier la différence de traitement qui en résultait par rapport aux autres salariés pour refuser l'extension aux salariés de l'entreprise absorbante le bénéfice de la prime d'ancienneté dont les salariés de l'entreprise absorbée bénéficiaient avant le transfert.

Distinguant la force normative de la loi et de l'accord collectif, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé de transposer une telle solution en matière de transferts conventionnels prévoyant des dispositifs de garantie d'emplois et a dit, par deux arrêts du 15 janvier 2014 (Soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-25.402, *Bull.* 2014, V, n° 23, concernant le domaine de la propreté) et du 16 septembre 2015 (Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 13-26.788, *Bull.* 2015, V, n° 168, concernant le domaine des entreprises de prévention et de sécurité), que le maintien des contrats de travail des salariés de l'entreprise sortante ne résultant pas de la loi et n'étant pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs, l'inégalité qui en résultait entre salariés accomplissant le même travail pour le même employeur sur le même chantier n'était pas justifiée par des raisons pertinentes et méconnaissait ainsi le principe d'égalité de traitement. En application de cette jurisprudence, l'entreprise entrante sur le marché se devait de généraliser à l'ensemble de ses salariés le bénéfice des avantages ou primes dont bénéficiaient les salariés de l'entreprise sortante au moment du transfert.

Cette jurisprudence a été fortement critiquée par la doctrine, qui contestait la distinction opérée selon l'origine légale ou conventionnelle du transfert, et par les organisations

professionnelles, qui en dénonçaient les conséquences financières et l'aléa économique pour le repreneur du marché, qui n'était pas nécessairement en capacité d'évaluer le coût des avantages à étendre alors que la reprise des contrats de travail et le maintien des avantages des salariés repris s'imposaient à lui. Ces critiques ont conduit dans un premier temps à l'adoption de l'article L. 1224-3-2 du code du travail, issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, interdisant aux salariés d'autres sites de l'entreprise entrante de pouvoir invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus auprès de leur ancien employeur par les salariés dont les contrats de travail ont été transférés. Cet article a été lui-même modifié par l'article 24 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, lequel prohibe désormais toute possibilité pour les salariés du nouveau prestataire de pouvoir utilement invoquer le principe d'égalité de traitement.

Indépendamment de cette évolution législative, la chambre sociale de la Cour de cassation a amorcé elle-même depuis plusieurs années un changement significatif quant à la place et à la force de la négociation collective en consacrant l'existence d'une présomption de justification des différences de traitement créées par voie de conventions ou d'accords collectifs, le salarié devant désormais établir que la différence de traitement est étrangère à toute considération de nature professionnelle : Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9, *Rapport* 2015, p. 169 (différences de traitement entre catégories professionnelles), Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, *Bull.* 2016, V, n° 130, *Rapport* 2016, p. 187 (différences de traitement opérées au sein d'une même catégorie professionnelle), Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, publié au *Bulletin*, *Rapport* 2016, p. 190 (différences de traitement entre des salariés d'un employeur affectés à des établissements distincts régis par des accords d'établissement distincts), et encore Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, publié au *Bulletin* (extension de la présomption aux accords d'entreprises), le fondement juridique de ces solutions étant que les partenaires sociaux agissent par délégation de la loi et doivent, en conséquence, se voir reconnaître une marge d'appréciation comparable à celle dont dispose le législateur, qui peut déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

Cette volonté de donner à la négociation collective toute sa place est justifiée par l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective.

L'arrêt ici commenté, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 30 novembre 2017, s'inscrit dans ce nouvel environnement jurisprudentiel et législatif.

N° 459

## *Travail réglementation, rémunération*

Salaire. - Fixation. - Mode de fixation. - Convention collective. - Clause d'indexation. - Indexation prohibée. - Portée.

Constitue une clause d'indexation automatique, prohibée par les dispositions combinées des articles L. 112-2 du code monétaire et financier et L. 3231-3 du code du travail, la stipulation conventionnelle prévoyant des augmentations générales résultant de l'évolution d'un point en corrélation avec la croissance moyenne de l'indice INSEE.

**Soc. - 5 octobre 2017.**

*REJET*

N° 15-20.390. - CA Rennes, 27 mars 2015.

M. Frouin, Pt. - Mme Goasguen, Rap. - Mme Robert, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, Av.

N° 460

## *Travail réglementation, santé et sécurité*

Employeur. - Obligations. - Sécurité des salariés. - Obligation de résultat. - Manquement. - Préjudice. - Préjudice spécifique d'anxiété. - Naissance - Date. - Connaissance par les salariés de l'arrêté ministériel d'inscription de l'établissement sur la liste des établissements permettant la mise en œuvre de l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA). - Effets - Détermination - Cas. - Modification de la situation juridique de l'employeur. - Transfert des contrats de travail antérieur à l'arrêté ministériel d'inscription.

Le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition au risque créé par l'amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés et naît à la date à laquelle les salariés ont connaissance de l'arrêté ministériel d'inscription de l'établissement sur la liste des établissements permettant la mise en œuvre de l'allocation de cessation anticipée des travailleurs de l'amiante (ACAATA). Par conséquent, lorsque le transfert des contrats de travail en application de l'article L. 1224-2 du code du travail est antérieur à l'arrêté ministériel d'inscription, ce préjudice ne constitue pas une créance due à la date de la modification de la situation juridique de l'employeur.

Viola en conséquence les articles L. 1224-2 et L. 4121-1 du code du travail et l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 l'arrêt qui refuse de mettre hors de cause le premier employeur et condamne celui-ci à rembourser au nouvel employeur le montant des indemnités accordées en réparation du préjudice d'anxiété au prorata de la durée d'emploi de chacun des salariés.

**Soc. - 22 novembre 2017.**

*CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI*

N° 16-20.666. - CA Bourges, 20 mai 2016.

M. Frouin, Pt. - Mme Guyot, Rap. - Mme Rémerly, Av. Gén. - SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, SCP Foussard et Froger, Av.







## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à EDIIS – CRM Abonnements DILA 60643 Chantilly Cedex

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **157,10 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon  
la zone de destination, tarif sur demande

Société : .....

Civilité - Nom - Prénom : .....

Complément de nom : .....

Adresse : .....

Complément d'adresse : .....

Code postal : .....

Ville : .....

Téléphone : ..... Télécopie : .....

Adresse électronique : .....

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) : .....

Numéro de payeur : .....

Date : ..... Signature : .....

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,  
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2018, frais de port inclus.







191188790-000418

Imprimerie de la Direction de l'information  
légale et administrative, 26, rue Desaix,  
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de  
chambre à la Cour de cassation, directeur du  
service de documentation, d'études et du rapport :  
Bruno Pireyre

Reproduction sans autorisation interdite -  
Copyright Service de documentation et d'études  
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur  
le site internet de la Cour de cassation :  
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS



# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 10 €  
ISSN 0750-3865



Direction de l'information  
légale et administrative  
Les éditions des *Journaux officiels*

[www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)