

RSC 2015 p.117

Retour sur le principe de la loyauté des preuves

(Cass., ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, publié au *Bulletin*, D. 2015. 711, obs. S. Fucini , note J. Pradel  ; Gaz. Pal. 21 mars 2015. 10, note S. Raoult. ; Crim., 4 février 2015, n° 14-90.048, publié au *Bulletin*, AJ pénal 2015. 139, note J. Lasserre Capdeville )

Pierre-Jérôme Delage, Docteur en droit

Le fait, pour l'autorité publique, de placer, à l'occasion d'une mesure de garde à vue, deux personnes dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, ceci afin de susciter entre elles des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, s'analyse en un stratagème mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et contrevenant au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves : telle est la solution retenue par l'Assemblée plénière en date du 6 mars 2015, après que la chambre criminelle, dans un arrêt du 7 janvier 2014, ait déjà statué en ce sens.

Que le présent procédé soit déloyal, on en conviendra sans peine. Certes, en sens contraire, les juges du fond (en ce comprise la cour de renvoi) avaient entendu notamment insister sur la légalité de la mesure de sonorisation (laquelle avait été prise sur le fondement des art. 706-96 s. du C. pr. pén., art. qui, il est vrai, pour faire état de ce que certains lieux ne peuvent faire l'objet de la mise en place d'un dispositif technique de sonorisation, ne mentionnent pas, parmi les lieux concernés, les cellules de garde à vue). Mais c'était faire abstraction de ce que le procédé employé, pour se parer d'un vernis de légalité, n'en revenait pas moins à priver de toute portée les droits qu'a le suspect de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination (on appréciera, à ce titre, dans la décision de l'Assemblée plénière, le visa et de l'art. 63-1 C. pr. pén. - droit de se taire -, et du droit de ne pas s'auto-incriminer, quand la chambre criminelle, dans son arrêt du 7 janv. 2014, n'y avait pas fait expressément référence). Et pour cause : à quoi servirait-il de reconnaître au gardé à vue certains droits protecteurs, si, par ruse, par stratagème, l'autorité publique pouvait les réduire à rien, les priver de toute teneur protectrice ? Ce serait faire de ces droits, pour emprunter une terminologie souvent mobilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, des prérogatives purement « théoriques », « illusoires », et non des garanties « concrètes », « effectives ». Voilà qui ne saurait être admis, et qui justifie donc, pleinement, le caractère « déloyal » reconnu au procédé de sonorisation litigieux.

Ceci dit, l'intéressant est surtout de constater, après d'autres, que le stratagème qui nous occupe « ne visait qu'à provoquer une preuve »  (1). On connaît, en effet, en matière d'exigence de loyauté appliquée aux autorités publiques, la présentation qui est généralement faite : si la « provocation à la commission d'une infraction » porte atteinte « au principe de la loyauté des preuves » (« la déloyauté d'un tel procédé rend[ant] irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus ») , la provocation à la preuve de l'infraction (cette dernière expression étant d'origine doctrinale plus que jurisprudentielle), elle, n'a pas à subir la réprobation des juges  (3). Or, chose remarquable, la chambre criminelle, puis l'Assemblée plénière, en ayant tout à tour considéré contraire au principe de loyauté des preuves un stratagème tendant, non à provoquer à la commission d'une infraction, mais à recueillir la preuve d'une infraction déjà réalisée, ont très certainement voulu pousser à « une évolution dans la lecture même [de ce] principe »  (4). Évidemment, et en réponse, d'aucuns seront tentés de faire valoir que la solution dégagée ne vaut que pour la sonorisation des cellules de garde à vue, et pas au-delà. Reste que le principe posé par l'Assemblée plénière (en des termes d'ailleurs rigoureusement identiques à la motivation employée un an plus tôt par la chambre criminelle) ne témoigne en rien d'une telle volonté de restriction, qui, tout à l'inverse, est libellé de manière fort générale : « 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 ». De telle sorte que la voie semble bien ouverte à l'extension de l'exigence de loyauté à la provocation à la preuve de l'infraction. Avec cette conséquence immédiate : que certaines méthodes d'investigation, admises hier, ne pourront possiblement plus l'être au lendemain de la décision de l'Assemblée plénière (d'aucuns pensent, tout particulièrement, à la sonorisation des parloirs  (5)).

Ce qui n'est pas dire que, du jour au lendemain, le contentieux ayant trait au principe de loyauté des preuves va devenir limpide. Outre que l'on sait que, de façon ponctuelle, le caractère exceptionnel de certaines affaires pousse la Cour de cassation à adopter sur ce terrain de critiquables solutions  (6), il faudra certainement s'attendre, dans l'avenir, à certaines hésitations devant la question de savoir si tel ou tel procédé de recueil des preuves devra être jugé déloyal ou non. Bien sûr, une chose paraît claire : le comportement des membres de l'autorité publique ne saurait être reprochable lorsque ceux-ci ont adopté, dans le recueil de la preuve, une attitude purement passive  (7). De même, et à suivre la position de l'Assemblée plénière, toute machination, tout stratagème (l'idée même de stratagème supposant une combinaison d'activités ou conjugaison de procédés  (8)) mis en oeuvre par l'autorité publique dans la recherche des preuves devrait désormais être réprouvé en tant que constitutif d'un procédé déloyal (encore qu'un recul de l'exigence de loyauté imposée aux autorités publiques demeure toujours concevable : témoin, cet arrêt du 30 avril 2014  (9) qui, peu après celui du 7 janvier de la même année, a refusé d'admettre, là où il semblait pourtant bel et bien exister, qu'un stratagème ait été mis en place à l'initiative d'une autorité publique - le cas était celui de la création d'un forum d'infiltration destiné à fournir la preuve de fraudes à la carte bancaire). Mais *quid* dans le cas où l'autorité publique, recourant à des procédés ou moyens discutables (donc adoptant un comportement actif), n'irait pour autant pas jusqu'à user de ruse ou artifice ? Cette hypothèse intermédiaire, entre passivité et stratagème, pourrait ainsi constituer quelque chose comme une sphère d'indécision, sphère dans laquelle, et au gré des espèces, la jurisprudence serait en proie à quelques tâtonnements.

Pour terminer, on attirera l'attention sur ce fait que, quel que soit le champ d'application exact qu'elle tend à donner au principe de loyauté des preuves, la jurisprudence n'entend jamais soumettre que les autorités publiques à ce principe - et donc, pas les personnes privées (défense, partie civile - et même, au-delà, témoin et tiers à la procédure)  (10). Notre arrêt d'Assemblée plénière le confirme (seuls sont, en effet, concernés les agissements déloyaux de « l'autorité publique »), comme l'avait déjà confirmé, un mois plus tôt (le 4 février 2015 précisément), une décision par laquelle la chambre criminelle a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les termes de l'article 225-3-1 du code pénal. Cet article, on le sait, est venu légaliser, après que la jurisprudence l'ait validée  (11), la pratique du *testing* : pratique qui consiste, pour des personnes privées, à solliciter des biens, actes ou encore services dans le but de démontrer l'existence d'un

comportement discriminatoire. Or, c'est bien parce qu'elle est le fait de personnes privées (en ce incluses les personnes morales - associations de lutte contre le racisme, par ex.) que la chambre criminelle a refusé de transmettre au Conseil la question prioritaire litigieuse (qui interrogeait sur la possible mise à mal, par la pratique du *testing*, des droits de la défense et du droit à un procès équitable, tels que garantis par l'art. 16 de la Déclaration de 1789) : l'article 225-3-1 du code pénal, a-t-elle affirmé, « ne confère pas au procureur de la République » (donc à une autorité publique) « la faculté de provoquer à la commission d'une infraction » (dernière précision qui pourrait laisser entendre que la pratique du *testing*, plus qu'une provocation à la preuve, est une provocation à la commission de l'infraction - ce que, le plus souvent, elle est effectivement : elle tend moins à prouver l'intervention d'un comportement discriminatoire passé qu'à susciter le renouvellement d'un tel comportement). À quoi la chambre criminelle ajoute que ce même article 225-3-1 « ne remet pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments à charge produits par les parties, après les avoir soumis à la discussion contradictoire ». C'est là un véritable classicisme jurisprudentiel (12) : non soumises au principe de loyauté des preuves, les personnes privées peuvent donc apporter au procès des éléments probatoires obtenus déloyalement (sinon illégalement) ; ces éléments, les juges ne peuvent refuser de les examiner et se doivent seulement de les soumettre à un débat contradictoire.

Il y a pourtant à dire contre cette jurisprudence si bien ancrée de la chambre criminelle. On passera sur l'argument, maintes fois avancé, que, mobilisant le principe du contradictoire pour admettre la preuve déloyalement obtenue, la chambre criminelle ne règle en rien la difficulté - préalable - de la recevabilité de la preuve ; or, c'est bien en termes de validité, de recevabilité, et non de discussion, que se pose le problème de la preuve déloyale. Qui plus est, l'on a de plus en plus de mal à concevoir que, en matière pénale, les personnes privées soient soustraites au principe de loyauté des preuves, quand, par ailleurs, en matière civile, ce même principe s'impose à elles (13). Certainement peut-on être tenté de mettre en avant, pour expliquer la dualité des situations, les enjeux si singuliers du procès pénal. Mais est-ce là, pour autant, suffisant pour soustraire purement et simplement la défense ou la partie civile au principe de loyauté des preuves ? Rien n'est moins sûr. Et, de fait, il semble que la soumission des parties privées à l'exigence de loyauté devrait plutôt être la règle. Néanmoins, et parce que celles-ci ne disposent pas des prérogatives de l'autorité publique (ce qui justifie que celle-là soit d'autant plus rigoureusement tenue par le principe de loyauté, y compris pour le cas des provocations à la preuve), il faudrait admettre que les parties privées puissent apporter une preuve déloyalement (voire illégalement) obtenue dans l'hypothèse où cet apport a été commandé par la nécessité de se défendre. Équilibrée, cette proposition (empruntée à un auteur, à la contribution duquel il faut donc renvoyer le lecteur (14)), combinant principe de loyauté et fait justificatif tiré des nécessités de la défense, mériterait de venir en remplacement de la solution jurisprudentielle positive. Un arrêt remarquable du 31 janvier 2007 (15) avait ouvert la voie à ce remplacement, qui avait relevé que « l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, réalisé par [le prévenu], 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 ». Il n'est peut-être pas encore trop tard pour souhaiter que cette position exemplaire se trouve généralisée.

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Garde à vue * Loyauté de la preuve * Sonorisation

- (1) E. Vergès, Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale, D. 2014. 407.
- (2) Crim., 11 mai 2006, n° 05-84.837, D. 2006. 1772 ; AJ pénal 2006. 354, note E. Vergès ; RSC 2006. 848, obs. R. Finielz ; *ibid.* 876, obs. J.-F. Renucci ; *ibid.* 879, obs. J.-F. Renucci. À ce titre, on rappellera que la circonstance que l'autorité publique - les enquêteurs le plus souvent - ait agi à l'initiative ou en ayant recours à l'assistance d'une personne privée (plaignant, co-suspect, ...) est indifférente : v., p. ex., Crim., 13 juin 1989, n° 89-81.388 et 89-81.709 ; 27 févr. 1996, n° 95-81.366 ; 11 mai 2006, préc. ; 9 août 2006, n° 06-83.219. De même, est indifférent le fait que la provocation à la commission de l'infraction émane d'une autorité publique étrangère : v., dans la même affaire, Crim., 7 févr. 2007, n° 06-87.753, et 4 juin 2008, n° 08-81.045. On rappellera aussi que la Cour européenne juge contraire au droit à un procès équitable la provocation à l'infraction : CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, § 38 ; 15 déc. 2005, *Vanyan c/ Russie*, § 49 ; 5 févr. 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*, § 73 ; 2 oct. 2012, *Veselov et autres c/ Russie*, § 127.
- (3) Crim., 2 mars 1971, n° 70-91.810 ; 22 avr. 1992, n° 90-85.125 ; 16 janv. 2008, n° 07-87.633. *Adde*, CEDH, 21 mars 2002, *Calabrò c/ Italie et Allemagne*, § 2.
- (4) J. Danet, obs. ss Crim., 7 janv. 2014, cette Revue 2014. 130.
- (5) Crim., 1^{er} mars 2006, n° 05-87.251. V. J. Danet, obs. préc., p. 134 ; J.-F. Renucci, cette Revue 2014. 843, spéc. 847. Comp. J. Pradel, note préc.
- (6) Crim., 13 oct. 2004, n° 00-86.726, 00-86.727, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945 et 03-81.763 : aff. des paillottes corses ; Crim., 3 sept. 2014, n° 11-83.598, AJ pénal 2014. 577, note O. Cahn : présumés terroristes détenus à Guantanamo.
- (7) Crim., 22 avr. 1992, préc. ; 16 janv. 2008, préc.
- (8) Ce qu'avait très bien mis en évidence la chambre criminelle dans son arrêt précité du 7 janv. 2014 : « la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement [des suspects] dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves ».
- (9) Crim., 30 avr. 2014, n° 13-88.162 ; cette Revue 2014. 843, spéc. 845, et les obs. dubitatives de J.-F. Renucci. Comp. Crim., 7 févr. 2007, et 4 juin 2008, préc.

(10) Crim., 6 avr. 1993, n° 93-80.184 ; Crim., 19 janv. 1999, n° 98-83.787, D. 1999. 84 ; RSC 1999. 588, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire (comp., dans la même affaire, Crim., 16 déc. 1997, n° 96-85.589, D. 1998. 354, note J. Pradel ; RSC 1999. 588, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire) ; Crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464, D. 2000. 391, note T. Garé ; Crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, D. 2002. 2657 ; *ibid.* 2003. 1309, chron. L. Collet-Askri ; RSC 2002. 879, obs. J.-F. Renucci ; RTD civ. 2002. 498, obs. J. Mestre et B. Fages ; Crim., 31 janv. 2012, n° 11-85.464, D. 2012. 440, obs. M. Lena ; *ibid.* 914, note F. Fourment ; *ibid.* 2118, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2012. 224, note E. Daoud et Pierre-Philippe Boutron-Marmion ; RSC 2012. 401, obs. X. Salvat .

(11) Crim., 11 juin 2002, préc.

(12) V. les références déjà citées sur la non-application du principe de loyauté des preuves aux personnes privées.

(13) V. récemment, Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, D. 2011. 562, obs. E. Chevrier , note F. Fourment ; *ibid.* 618, chron. V. Vigneau ; *ibid.* 2891, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; RTD civ. 2011. 127, obs. B. Fages ; *ibid.* 383, obs. P. Théry ; RTD eur. 2012. 526, obs. F. Zampini . Antérieurement, v.ex.: Soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, D. 2003. 1858, et les obs. , note J.-M. Bruguière ; *ibid.* 394, obs. A. Fabre ; *ibid.* 1305, chron. J. Ravanas ; *ibid.* 1536, obs. A. Lepage ; Dr. soc. 2003. 225, obs. J. Savatier ; RTD civ. 2003. 58, obs. J. Hauser ; Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653, D. 2005. 122, note P. Bonfils ; *ibid.* 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; AJ pénal 2005. 30, obs. C. S. Enderlin ; RTD civ. 2005. 135, obs. J. Mestre et B. Fages ; Com., 3 juin 2008, n° 07-17.147, D. 2008. 2476, obs. E. Chevrier , note M.-E. Boursier-Mauderly ; *ibid.* 2749, chron. M.-L. Bélaval et R. Salomon ; *ibid.* 2820, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; *ibid.* 2009. 2714, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; RTD com. 2009. 431, obs. B. Boulloc .

(14) P. Conte, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?, Dr. pénal 2009. Étude 8. À la considération que la nécessité de se défendre, pour pouvoir jouer au profit de la personne pénalement inquiétée ou de la partie civile, ne peut en revanche pas être invoquée par un témoin ou par un tiers, l'auteur répond : « s'agissant d'eux, l'article 6 de la Convention européenne pourrait être réellement secourable ».

(15) Crim., 31 janv. 2007, n° 06-82.383, D. 2007. 1817, chron. D. Caron et S. Ménotti ; AJ pénal 2007. 144 ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez .